Das gesetzliche

Rücktrittsrecht vom Vertrage

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt

von

Ismar Littmann

Gerichtsreferendar.

Berlin. 1902.

Druck von E. Ebering.

Mittelstrasse 29.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0038

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

§ 1. Die wirtschaftliche Notwendigkeit des gesetzlichen Rücktrittsrechts 1

Erster Abschnitt.

§ 2. Geschichtliche Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechts 4

§ 3. Der Rücktrittsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs 12

Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei Schuldverträgen.

Erstes Kapitel.

Das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht.

§ 4. A. Voraussetzungen:

1) bei einseitig verpflichtenden Verträgen 26

2) bei gegenseitigen Verträgen 34

a) völliger Rücktritt 34

§ 5. aa) wegen verschuldeter Unmöglichkeit . 34

§ 6. bb) wegen fiktiver Unmöglichkeit . . . 57

§ 7. cc) wegen Erfüllungzverzuges 60

§ 8. b) teilweiser Rücktritt 70

§ 9. Gesetzliche Grundlage des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts 72 75

§ 10. B. Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts.
C. Wirkungen der Ausübung:
§ 11. a) im Allgemeinen 87
§ 12. b) bei Verträgen zu Gunsten Dritter . . . 97

Zweites Kapitel.

Das besondere gesetzliche Rücktrittsrecht . . 100
§ 13. 1) beim Kauf 100
a) wegen Rechtsmängel 100
b) wegen Sachmängel 104
c) wegen Mängel beim Viehkauf 122
d) wegen Mängel bei kaufähnlichen Geschäften. 123
§ 14. 2) beim Werk- und Werklieferungsvertrag. 123

Zweiter Abschnitt.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei nicht-obligatorischen Verträgen.
§ 15. 1) beim dinglichen Vertrage 129
§ 16. 2) beim familienrechtlichen Vertrage . . . 137
§ 17. 3) beim Erbvertrage 143
§ 18. Allgemeiner Rückblick. 153

Litteratur.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. II. Teil 1.

Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Aenderungen der Civilprozessordnung.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 1899/1900.

Cramer, Das Verlöbnis nach dem B.G.B. Würzburg 1902.

Cretschmar, Besprechung der zweiten Lesung des Entwurfs eines B.G.B. (im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 82).

Czyhlarz, Institutionen.

Dernburg, Pandekten. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Bd. II. Das Recht der Schuldverhältnisse.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B. (in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 43).

Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung. Dissertation Erlangen 1896.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. 1899.

Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1900.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 1899.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede (in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 44).
Förster, Preussisches Privatrecht, bearb. von Eccius. 1892/93.
Frommhold, Das Erbrecht des B.G.B. Kommentar. 1900.
Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B.G.B. und zur Grundbuchordnung. 1899.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 1901.
Goldmann, Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses (in der Deutschen Juristenzeitung 1901).
Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B.G.B.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. VI. Materialien zum Handelsgesetzbuch.
Haidlen, Das B.G.B. nebst dem E. G. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.
Hellmann, Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Geschätte (im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 90).
Hellmann. Das Verlöbnis nach dem B.G.B. (in der Deutschen Juristenzeitung. 1901).
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.
Hoffmann, Inwieweit kennt das B.G.B. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? Dissertation Greifswald 1900.
Immerwahr, Die Kündigung, historisch u. systematisch dargestellt, 1898.
Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. 1899.

Jakobsohn, Rücktrittsrecht des Gläubigers in mora debitoris. (Nach gemeinem Recht.) Dissertation Erlangen 1900.

Keutner, Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge im B.G.B. Dissertation Erlangen 1898.

Keyssner, Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich.

Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44).

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. (in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 43).

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich.

von Kübel, Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse mit Begründung.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.

Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und Preussischen Allgemeinen Landrechts.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899 1900.

Matthiass, Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (in der Deutschen Juristenzeitung 1902).

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich.

Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Rostock 1902.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. (Kommentar.)

Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Bd. II.

Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf nach B.G.B. Diss. Strassburg 1 99.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von —.

Predari, Die Grundbuchordnung. 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.

Regelsberger, Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäfte wegen Verzuges in der Erfüllung (im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 50).

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1902.

Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. (in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 44, 45, 46).

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich.

— Das Recht der Schuldverhältnisse. (Kommentar.)

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.

Strohal, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse (in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 33).

Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem B.G.B.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 1896.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.

Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem B.G.B. (im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 89).

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht.

Trappenberg, Die rechtliche Bedeutung der Kündigung (unter Berücksichtigung des B.G.B.). Dissertation Erlangen 1898.

Türcke, Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der anderen Seite. Dissertation Göttingen 1891.

Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2. —
Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechtes (im „Recht“ 1902).
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Aufl. 8 besorgt von Kipp. Bd. II.

Einleitung.

§ 1.

Das Recht der Schuldverhältnisse ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der vor allem den Interessen des Verkehrs dient. Diese verlangen, dass der Austausch der Güter nach der freien Bestimmung der Parteien erfolgt, und dass deren übereinstimmender Wille zunächst die rechtlichen Folgen des Geschäfts bestimmt. Die Willenseinigung ist für jeden Kontrahenten bindend, und ihr Inhalt wird als ein schutzwürdiges Interesse vom Rechte geschützt. Sie erzeugt das Schuldverhältnis, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Sicherheit des Verkehrs hängt davon ab, dass die Partei nach Abschluss des Vertrages sich ihrer rechtlichen Gebundenheit bewusst ist und darnach handelt. Darum muss die Rechtsordnung einer Verletzung der Vertragspflichten entgegentreten. Neben der Befugnis, über jede vermögenswerte Leistung einen Vertrag zu schliessen, soweit nicht ein rechtliches Gebot entgegensteht, haben die Parteien gemäss dem Prinzipe der Vertragsfreiheit auch das Recht, die näheren Modalitäten zu bestimmen, unter denen der Vertrag gelten soll. Sie können den Vertrag einer Bedingung unterwerfen, von deren Eintritt die Wirksamkeit oder die Aufhebung des Vertrages abhängen soll. Sie können sich auch das Recht des

einseitigen Rücktritts vom Vertrage vorbehalten. Sie werden das letztere thun, wenn sie mit der Möglichkeit rechnen, dass ihr Interesse an dem Vertrage später vielleicht aufhört oder wenn sie mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses von dem Vertrage frei sein möchten. Solche Umstände, welche ein Freiwerden von der Vertragsgebundenheit im Interesse einer Partei wünschenswert machen, kennt auch die Rechtsordnung. Es kann da, wo nicht vertragsmässig ein Rücktrittsrecht vorbehalten ist, die Billigkeit dringend eine Ausnahme von dem Grundsatze der Gebundenheit fordern. Denn es ist der Partei nicht zuzumuten, dass sie beim Eintritt gewisser unvorhersehbarer Thatsachen, die sie vom Vertragsschluss abgehalten hätten, beim Vertrage stehen bleiben soll[1], es wäre andererseits ein allzugrosses Zugeständnis an den Formalismus des Rechts, wollte man der Partei nur deswegen, weil sie sich einmal verpflichtet hat, keine Befreiung mehr ermöglichen, selbst wenn sie durch die Gebundenheit unverdiente Nachteile erlitte. Mit der Versagung des Rücktrittsrechts würde man zwar eine schematische Regelmässigkeit und damit vielleicht eine bequeme Gestaltung des Rechtsverkehrs, jedenfalls aber eine den allgemeinen Interessen zuwiderlaufende, ja oft ungerechte Regelung erzielen.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht schöpft also seine innere Berechtigung aus der Vermutung der Rechtsordnung, dass die Parteien, wäre ihnen die jetzige Sachlage beim Vertragsschlusse bekannt gewesen, zu demselben nicht geschritten wären, oder dass sie sich wenigstens vertragsmässig ein Rücktrittsrecht vorbehalten haben würden: das gesetzliche Rücktrittsrecht bildet

1. Wendt a. a. O. S. 15 f.

demnach eine von der Rechtsordnung gestattete, durch besondere Umstände gerechtfertigte Ausnahme von der bindenden Kraft des Vertrages[2]. Seine Bedeutung liegt vor allem darin, den Grundsatz der Vertragstreue in den Parteien zu stärken. Die Gefahr, durch ein gewisses Verhalten die Auflösung des Vertrages herbeizuführen, und damit den wirtschaftlichen Erfolg, den man bei Abschluss des Vertrages im Auge gehabt hat, vereitelt zu sehen, wird das wirksamste Mittel sein, die Parteien zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten sowohl nach deren Inhalt als auch nach deren Zeitpunkt anzuhalten.

---

2. Kisch S. 135.

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

§ 2.

Bevor wir uns dem gesetzlichen Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zuwenden, wird es für das Verständnis des gegenwärtigen Rechtszustandes unerlässlich sein, in kurzem die historische Entstehung und Weiterentwicklung zu überschauen, die das gesetzliche Rücktrittsrecht durchgemacht hat. Es wird sich naturgemäss mit den wachsenden Verkehrsbedürfnissen und der damit notwendig verknüpften stärkeren Berücksichtigung der Billigkeit im neueren Rechte häufiger zeigen als früher.

Im römischen Rechte begründeten ursprünglich formlose Vereinbarungen über Leistung und Gegenleistung, sofern sie nicht unter die benannten Verträge, Kauf, Miete, Auftrag oder Gesellschaft fielen, keine obligatio, waren also klaglos. Sie bilden die Gruppe der sogenannten Innominatkontrakte. Wer indes aus einem solchen Vertrage geleistet hatte, konnte, wenn die Gegenleistung ausblieb, seine Leistung mit der condictio causa data, causa non secuta zurückfordern. Später gewährte der Prätor die actio praescriptis verbis auf die versprochene Gegenleistung dem, der

bereits geleistet hatte, ohne indes die condictio abzuschaffen. Es standen also nach Einführung der Klage beide Rechtsmittel beim Verzuge des Empfängers wahlweise dem zu, der geleistet hatte. Ferner aber hatte der Geber — für das justinianische Recht ist das zweifellos — noch eine condictio ex poenitentia, d. h. ein Reurecht, noch ehe der andere Teil im Verzuge war[1]. In diesem ius poenitendi lag also für den Bereich der Innominatkontrakte ein generelles gesetzliches Rücktrittsrecht, das derjenige, der geleistet hatte, sofort nach seiner Leistung ausüben konnte. Dieses Rücktrittsrecht fiel im Gemeinen Rechte fort. Die Innominatkontrakte wurden hier sofort mit dem Abschluss auf beiden Seiten klagbar, es war also für die Klage nicht mehr die Erfüllung auf der einen Seite Voraussetzung; die Leistung erfolgte jetzt nicht mehr[2] obligandi causa, sondern solvendi causa, man konnte daher nur auf Erfüllung der Gegenverpflichtung klagen. — Im übrigen kannten das römische und das Gemeine Recht Rücktrittsrechte nur bei einzelnen Rechtsinstituten. So stand dem Käufer wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften und wegen arglistig verschwiegener Mängel — deretwegen auch schon die actio emti zulässig gewesen war — und wegen heimlicher Mängel die ädilizische actio redhibitoria zu, durch welche Auflösung des Kaufkontraktes und gegenseitige Rückleistung erreicht wurde.

Für die laesio enormis s. laesio ultra dimidium

---

1. Dig. 12, 4, l. 3 § 1, 2; l. 5 pr. v. Czyhlarz S. 188. Dernburg, Pandekten Bd. II, S. 20 Anm. 16. Allerdings wird verschiedentlich behauptet, dass die diese condictio enthaltenden Stellen interpoliert seien.

2. Dernburg, Pandekten Bd. II S. 20 f.; Jakobsohn, S. 34.

gab ein Reskript Diokletians[3] dem Verkäufer das Recht, den Kauf rückgängig zu machen, wenn nicht der Käufer sich entschloss, die fehlende Hälfte nachzuzahlen. Im Gemeinen Recht wurde das Institut der laesio enormis noch dahin erweitert, dass auch der Käufer das Recht des Rücktritts haben sollte, wenn er mehr als den doppelten Wert der Kaufsache bezahlt hatte[4]. Ja man liess sogar die Anwendung dieses Rücktrittsrechtes bei jedem gegenseitigen Vertrage zu[5].

Ferner war ein einseitiger Rücktritt beim Mietsvertrage, wenn dieser über die Dauer des Mietsverhältnisses keine Bestimmung traf, für beide Kontrahenten jederzeit zulässig, jedoch unter Innehaltung der ortsüblichen Kündigungsfrist. War eine gewisse Mietszeit verabredet, so war dem Mieter vor deren Ablauf der Rücktritt gestattet, wenn die Mietssache unbrauchbar war oder wurde, und dadurch der vertragsmässige Gebrauch ausgeschlossen war, oder wenn die Fortsetzung des Gebrauchs gefahrvoll war. Das gleiche Recht hatte der Vermieter, wenn der Mieter die Sache missbrauchte oder mit dem Mietszins zwei Jahre im Rückstande blieb, ferner wegen Notwendigkeit einer den Gebrauch ausschliessenden Reparatur und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses. Bezüglich des Rücktritts vom Dienst- und Werkvertrage findet sich in den Quellen nur eine einen besonderen Fall betreffende Bestimmung über den Werkvertrag, nämlich das Rücktrittsrecht wegen Ueberschreitung des Kostenanschlages[6]. Man wird

3. Cod. 4, 44, l. 2; l. 8. Windscheid Bd. II S. 665 ff.
4. Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 6 S. 153, Bd. 10 S. 126.
5. Windscheid Bd. II S. 667.
6. Dig. 19, 2, l. 60 § 4.

jedoch die Vorschriften über den Rücktritt bei der Sachmiete auf den Dienstvertrag entsprechend anwenden dürfen. Das Rücktrittsrecht bei der locatio conductio war demnach nicht unbedingt auf den freien Willen der Partei gestellt, sondern von einer ausserhalb ihrer Willenssphäre liegenden Thatsache, sei es dem Ablauf einer Frist, sei es dem Verhalten des anderen Teiles, abhängig gemacht[7].

Dagegen besteht ein unbedingtes Rücktrittsrecht beim Auftrag und beim Gesellschaftsvertrage, das jederzeit ausgeübt werden kann. Bei jenem erstreckt sich allerdings die Wirksamkeit des Auftragsverhältnisses trotz des Rücktritts bis zu der Zeit, wo der Beauftragte von dem Rücktritt Kenntnis erhalten hat. Der Beauftragte ist gleich dem Auftraggeber in der Rücktrittsbefugnis unbeschränkt, er haftet jedoch, wenn er ohne wichtigen Grund zur Unzeit zurücktritt, für den entstehenden Schaden.[8] Uebt ein Gesellschafter seine Rücktrittsbefugnis zur Unzeit aus, so haben die anderen Gesellschafter das Recht, den Zurücktretenden für Verluste der Gesellschaft noch mit haftbar zu machen. Tritt der Gesellschafter in arglistiger Absicht zurück, nämlich um einen der Gesellschaft zukommenden Vorteil sich allein zuzuwenden, so muss er trotz des durch den Rücktritt bewirkten Ausscheidens aus der Gesellschaft den Gewinn mit den anderen Gesellschaftern teilen, etwaigen Verlust dagegen selbst tragen — socium a se, non se a socio liberat.[9]

---

7. Windscheid Bd. II S. 708 ff., 497 f. Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 309, 312.

8. Windscheid Bd. II S. 751 f. Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 324.

9. Windscheid Bd. II S. 739 und die dort angeführten Quellenstellen. Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 351.

Ob bei der Auslobung ein gesetzlicher Rücktritt zulässig gewesen ist, ist nicht ohne Zweifel. Die Anhänger der sog. Pollicitationstheorie erklären die Auslobung für ein einseitiges Rechtsgeschäft und schliessen darum den Rücktritt, soweit er nicht vorbehalten ist, aus.[10] Dagegen ist im Sinne der Vertragstheorie die Auslobung erst der Vertragsantrag an eine unbestimmte Person, zu dem erst noch die Annahme hinzutreten müsse. Bis dahin sei keine Gebundenheit vorhanden, der Rücktritt also für den Auslobenden statthaft.[11] Es handelte sich aber dann nicht um einen Rücktritt vom Vertrage, sondern vom Vertragsantrag. Die erstere Auffassung erscheint jedenfalls als die ungezwungenere und macht der Konstruktion erheblich geringere Schwierigkeiten; sie ist auch in das B.G.B. übergegangen.

Beim Schiedsvertrag — compromissum — besteht das Recht zum Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter.[12]

Das römische und Gemeine Recht kannten demnach nur in Ausnahmefällen ein Rücktrittsrecht kraft Gesetzes, vor allem fehlte eine allgemeine Regelung dieses Instituts; denn wie man die actio redhibitoria nicht aus dem Gesichtspunkte eines Rücktrittsrechts betrachtete, so würdigte man überhaupt das gemeinsame Merkmal der genannten Fälle nicht.

Insbesondere aber ermangelte ein gesetzliches Rücktrittsrecht bei dem Institut, für das es heute die grösste Bedeutung hat, und das in der Entwicklung der Rücktrittslehre darum die erste Stelle einnimmt,

---

10. So Dernburg, Pandekten Bd. II S. 24.

11. Windscheid, Bd. II S. 239 und die dort Genannten.

12. Dig. 4, 8 l. 32 § 14. Windscheid Bd. II S. 794. Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 301 Anm. 14.

nämlich beim Verzuge.[13] Dies erklärt sich zum Teil aus dem jeder früheren Rechtsepoche innewohnenden Bestreben, die Verträge in ihrer durch die Rechtsordnung gewährleisteten Verpflichtungskraft aufrecht zu erhalten, und ergiebt sich fernerhin aus der eigenartig formalistischen Struktur der zweiseitigen Verträge im römischen Rechte. Man leistet nicht in Erwartung der Gegenleistung, sondern in Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Vertrage, nicht ob causam futuram, sondern solvendi causa.[14] Man konnte daher, wie schon oben für den besonderen Fall der Innominatkontrakte ausgeführt wurde, beim Ausbleiben der Gegenleistung seine Leistung nicht zurückfordern, denn der Gegner besass nicht sine causa, sondern kraft seines mit dem Vertragsschluss entstandenen selbständigen Forderungsrechtes. Daher hatte der Nichtsäumige nur einen Anspruch auf Schadensersatz als eine modifizierte Vertragserfüllung.

Diesen Rechtszustand stellt die Litteratur übereinstimmend auch als den gemeinrechtlichen dar.[15] Die Praxis hat jedoch im Widerspruch zu dieser prinzipiellen Gestaltung ein gemeinhin sogenanntes Rücktrittsrecht, in Wirklichkeit nur ein Ablehnungsrecht zuweilen gegeben, wenn die Leistung für den Gläubiger nicht mehr von Nutzen war.[16]

Das Preussische Allgemeine Landrecht steht grundsätzlich auf dem Standpunkte des Gemeinen Rechts, obwohl es das Prinzip der Nichtgewährung des gesetzlichen Rücktrittsrechts in einigen Fällen durchbrochen

---

13. Türcke S. 15.

14. Eiswaldt S. 19 ff.

15. Dernburg, Pandekten, Bd. II S. 117. Regelsberger S. 28. Motive Bd. II S. 198.

16. Türcke S. 7 f. Jakobsohn S. 35, 39 ff.

hat.[17] So gab es in Th. I Tit. 5 § 396 ff dem, der die Leistung wegen Nichterfüllung von der anderen Seite weigerte, ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz, sobald durch den Richter die Rechtmässigkeit der Weigerung festgestellt war, dem anderen Teile dagegen das Rücktrittsrecht, wenn die Weigerung unbegründet war. Dieses Rücktrittsrecht allgemeinerer Art hat jedoch mangels praktischen Bedürfnisses keine Bedeutung erlangt.[18] Das Preussische Landrecht gewährte ferner dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht, wenn eine bewegliche Sache unter 150 M. verkauft und die Abholungsfrist verstrichen war, ferner wenn der Käufer beweglicher oder unbeweglicher Sachen die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe bar zu leisten versprochen hatte, nicht leistete.[19]

Das Landrecht enthielt demnach ebensowenig wie die ihm vorangehenden Rechtsperioden für das gesetzliche Rücktrittsrecht Vorschriften allgemeiner Natur. Für die Nebenverträge beim Kauf, also für ein speziell ausbedungenes Rücktrittsrecht, stellte es, wie es auch schon das römische und Gemeine Recht gethan hatten, Grundsätze auf, so beim Vorbehalt der Rechtsverwirkung (lex commissoria), beim Vorbehalt des besseren Käufers (in diem addictio) und dem Reuvertrage (pactum displicentiae).[20]

Eine kühne Abweichung von der gemeinrechtlichen Regel des Erfüllungszwanges bildet im Code civil die Gewährung der lex commissoria tacita bei allen zweiseitigen Verträgen, durch die jede Partei,

---

17. Motive Bd. II S. 210.

18. Förster-Eccius Bd. I S. 532.

19. Förster-Eccius Bd. I a. a. O.; Bd. II S. 84. Türcke S. 24 ff.

20. Leske Bd. I S. 154. Türcke a. a. O.

wenn die andere ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt, die Auflösung des Vertrages, sowie im Falle des Verzuges auch Schadensersatz zu fordern berechtigt sein soll. Die Auflösung vollzieht sich nicht etwa durch formlose Erklärung gegenüber dem anderen Teile, sondern erst durch Richterspruch; es wird dadurch die Härte des Prinzips der lex commissoria tacita wesentlich gemildert, ihr Wert aber auch durch die Umständlichkeit des richterlichen Verfahrens stark beeinträchtigt.

Die Auffassung des Code civil, dass der gegenseitige Vertrag unter der auflösenden Bedingung der verspäteten Erfüllung geschlossen ist, ist, wie beiläufig bemerkt werden mag, auch in das holländische, italienische und spanische Gesetzbuch übergegangen.[21]

Das österreichische Gesetzbuch von 1811 und das Bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen von 1863 stehen hinwiederum strikt auf dem Standpunkte des Erfüllungszwanges und gewähren lediglich einen Schadensersatzanspruch im Falle der Säumnis.[22]

Auf handelsrechtlichem Gebiete hatte man schon lange die Unzulänglichkeit des gemeinrechtlichen Prinzips empfunden; das Rücktrittsrecht musste hier in seinen Voraussetzungen erleichtert werden. Im Handel ist die pünktliche Erfüllung der Vertragsverbindlichkeiten in erhöhtem Masse die Bedingung für das Bestehen und die Sicherheit eines geordneten und gedeihlichen Verkehrs. Um dieses Ziel zu erreichen, gab das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch beim Kauf dem nichtsäumigen Kontrahenten zur raschen und günstigen Erledigung seiner Vertragsinteressen

---

21. Türcke S. 28.

22. Förster-Eccius, Bd. I S. 532 Anm. 31. Türcke S. 30. Motive Bd. II S. 198.

mehrere Möglichkeiten.[23] Er konnte nachträglich Erfüllung und neben dieser Schadensersatz verlangen, er konnte die verspätete Leistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, und er konnte endlich vom Vertrage abgehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre. Allerdings musste er, wenn er dieses Rücktrittsrecht wählen wollte, den Vertragsgegner davon in Kenntnis setzen und ihm ausser bei Fixgeschäften noch eine Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. Andererseits stand dem Verkäufer das Rücktrittsrecht nur zu, wenn die Ware noch nicht übergeben war. Auch hier war man also zu einer für alle Vertragsverhältnisse geltenden Regelung des Rücktrittsrechts noch nicht vorgedrungen. Immerhin bedeutet die Gestaltung im A.D.H.G.B. einen erheblichen Fortschritt, insofern als hier mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer raschen pünktlichen und gerechten Erledigung der Handelsgeschäfte ein Rücktrittsrecht für den Fall der Säumnis bei dem wichtigsten Verkehrsgeschäfte, dem Kauf, gewährt wurde. Durch das A.D.H.G.B. und den Code civil ist das B.G.B. in seiner Gestaltung der Rücktrittslehre stark beeinflusst worden; besonders die allgemeine Regelung im französischen Gesetzbuche ist für unsere Kodifikation im Prinzip vorbildlich gewesen.

Der Rücktrittsbegriff des B.G.B.

§ 3.

Bevor wir uns dem Rücktrittsrechte des B.G.B. im einzelnen zuwenden, wird es nötig sein, seinen Begriff festzulegen und damit die Grundlage für die

23. A.H.G.B. Art. 354—355.

folgenden Betrachtungen zu schaffen. Denn es herrschte und herrscht zum Teil auch noch jetzt bezüglich des Begriffes Rücktritt eine solche Mannigfaltigkeit der Auffassungen, dass eine Scheidung dringend not thut. Man verstand im römischen Recht unter den Ausdrücken renuntiare, revocare, resolvere, recedere, discedere, rescindere, resilire nur ein und dieselbe Sache, den Rücktritt vom Vertrage. Er bedeutete die einseitige Erklärung einer Vertragspartei, dass sie das durch den Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis auflöse. Ebenso galten im Gemeinen Recht alle einseitigen Aufhebungsakte, mochten sie sich Rücktritt, Kündigung oder Widerruf nennen, als Rücktritt vom Vertrage. Diesen Begriff des Rücktritts als eines allgemeinen einseitigen Aufhebungsaktes haben wir darum mit Rücksicht auf den Standpunkt der Doktrin des bisherigen Rechts dem geschichtlichen Ueberblick zu Grunde gelegt. Es fragt sich jedoch, ob wir auch jetzt, wo das Gesetz Rücktritt, Kündigung und Widerruf als besondere Rechtserscheinungen kennt, dabei stehen bleiben dürfen. Ein Teil der Bearbeiter des B.G.B.[1] hat dies gethan; sie bezeichnen in Anlehnung an die Motive und Protokolle[2] Kündigung und Widerruf mit dem gemeinsamen Namen Rücktritt. Diese Identifizierung ist m. E. auf den Einfluss der gemeinrechtlichen Wissenschaft zurückzuführen. Dass sie für das B.G.B. dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, darf man unbedenklich behaupten. Sonst hätte das Gesetz bei seinen präzisen Begriffen und bei der sorgfältigen Redaktion seines sprachlichen Teils nicht verschiedene Ausdrücke für diese Aufhebungsakte gewählt.

1. Oertmann S. 88. Endemann Bd. I S. 658.

2. Motive Bd. II S. 315, 375, 389 f., 417 ff., 452 f., 468 ff. Protokolle Bd. II S. 47, 228, 275, 301 f.

Zwar charakterisieren sich Kündigung, Widerruf und Rücktritt des B.G.B., lediglich als Aufhebungsakte betrachtet, als verwandte Erscheinungen, und darum wird es nicht gelingen, aus ihrem Wesen heraus einen Unterschied zu konstruieren.[3] Jede Befugnis, einseitig den Vertrag zum Erlöschen zu bringen, kann als „Zurücktreten vom Vertrage" bezeichnet werden, und so nur erklärt sich die in den vorangegangenen Rechtsepochen vorgenommene Gleichstellung der genannten Institute. Das B.G.B. hat indes mit diesem weiteren, sozusagen historischen Begriff des Rücktritts gebrochen. Es hat vielmehr die Besonderheit jedes der genannten Institute schon durch den Ausdruck gekennzeichnet und einen engeren Rücktrittsbegriff konstruiert. Nach dem B.G.B. ist besonderes Merkmal des Rücktritts neben einer strengen Haftung für Schäden vor allem die Einwirkung auf Zukunft und Vergangenheit des Rechtsverhältnisses. Der Vertrag soll durch die einseitige Rücktrittserklärung rückwärts aufgelöst werden; es soll der Zustand geschaffen werden, der bestünde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Das Gesetz wollte dadurch den Begriff „Rücktritt" präzisieren, ihn in ganz bestimmtem Sinne verwendet wissen. Man wende nicht ein, dass der Gesetzgeber nicht das Recht hat, seine Konstruktionen der Theorie aufzudrängen. Das Gesetz will nicht etwa die Wesensverwandtschaft der genannten Institute leugnen und damit eine andere materielle Auffassung in die Wissenschaft hineintragen: alle drei Rechtsgeschäfte haben auch nach ihm naturgemäss den gleichen rechtlichen Charakter. Das Gesetz will nur zum Vorteil seiner Terminologie den Rücktritt durch besondere Kennzeichen merklich machen und damit eine Grenze

3. Hellwig S. 303.

zwischen dem rein sprachlichen Zurücktreten und dem juristisch technischen Rücktritt ziehen. Es ist ohne weiteres offenbar, dass diese Massnahme gegenüber der Mannigfaltigkeit des bisherigen Rücktrittsbegriffs für die Einheitlichkeit des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und die Verwendbarkeit des Begriffes sehr bedeutsam ist.[4]

Dass Kündigung und Widerruf trotz ihrer Verwandtschaft mit dem Rückritt in der That mit ihm nicht identisch sind, hatte schon der erste Entwurf[5] dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er sie oft „Rücktritt für die Zukunft" nannte. Darin lag das offene Zugeständnis, dass man einen sachlichen Unterschied anerkannte. Es behauptete da aber noch der geschichtliche, rein sprachliche Begriff des Rücktritts als der stärkere Oberbegriff das Feld, indem er für alle drei Institute den Namen hergab. Das B.G.B. hat mit Recht diesen Weg, der den allgemeinen Rechtsanschauungen völlig zuwidergelaufen wäre, nicht eingeschlagen und hat die Unterscheidung, da diese sich nun einmal als notwendig erwies, durch besondere Bezeichnungen streng durchgeführt.

Worin unterscheidet sich nun nach dem B.G.B. der Rücktritt von der Kündigung und dem Widerruf?

Rücktritt ist, um es noch einmal zu sagen, die Erklärung einer Vortragspartei, dass sie das durch

---

4. Bezeichnend für den auf Grund des Gesetzes auch in der Wissenschaft schon eingetretenen Wechsel in der Auffassung des Rücktritts ist z. B. der Umstand, dass Dernburg in seinen Pandekten (Bd. II, S. 117, 262, 305 ff., 324, 350) mit dem weiteren, in seinem Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Bd. II, S. 239 f.) mit dem engeren Rücktrittsbegriff operiert.

5. E. I, §§ 528 ff., 557, 566.

den Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis rückgängig mache.[6] Er hat also und das ist seine Besonderheit — rückwirkende Kraft. Er hebt den Vertrag für Zukunft und Vergangenheit auf, denn seine Tendenz ist die in integrum restitutio der Parteien.

Im Gegensatz zum Rücktritt bringt die Kündigung das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft zum Erlöschen. Soweit der Vertrag bezw. seine Wirkung der Vergangenheit angehört, lässt sie seinen Bestand unberührt.[7] In dieser verschiedenen zeitlichen Wirkung liegt der Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung, alle anderen noch vorhandenen Abweichungen lassen sich aus ihm herleiten. So kann beim Rücktritt, wie später noch des Näheren ausgeführt werden soll, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht bestehen. Mit der Tendenz, jegliche Vertragsfolge zu beseitigen, ist ein auf den Vertrag gestützter Schadensanspruch unvereinbar. Dagegen ist ein solcher bei der Kündigung ohne weiteres zulässig, weil der der Kündigung voraufgehende Teil des Vertrages und seine Wirkungen von ihr nicht betroffen werden. Ebenso bleibt eine ausbedungene Vertragsstrafe bei der Kündigung bestehen, während sie den Rücktritt ausschliesst. Der Rücktritt ist ferner eine dem gegenseitigen Vertrage eigentümliche Rechtserscheinung, die andererseits bei jedem Vertrage dieser Art zulässig

6. Cosack, Bd. I, S. 365.

7. So auch Windscheid, Bd. II S. 499. Cosack Bd. I, S. 365, Thiele S. 86 ff., Titze S. 286. Immerwahr will entgegen der Terminologie des Gesetzes eine Kündigung nur da anerkennen, wo eine Kündigungsfrist vorhanden ist. Kündigung ohne Kündigungsfrist sei nichts anderes als Rücktritt. Allerdings war die Ansicht, dass die Frist etwas der Kündigung Immanentes sei, in der Litteratur vielfach

ist. In den Bereich der Kündigung fällt eine grössere Kategorie, nämlich die zweiseitigen Verträge, andererseits darf sie aber nicht allgemein bei diesen, sondern nur da, wo es das Gesetz gestattet, angewandt werden.

Ihr besonderes Feld sind die auf Zeitdauer berechneten Verträge;[8] deren wirtschaftlicher Zweck geht nicht eben auf den Austausch realer Vermögenswerte, als vielmehr auf fortdauernde Leistung gegen Vergütung. Darum bedarf es bei ihnen nicht so sehr eines Rechtsbehelfes, der möglichst den vor Vertragsschluss vorhandenen Rechtszustand herbeiführt, als

anerkannt. Gruchot, Beiträge Bd. III S. 198, Entsch. d. R.G. i. Civ. Bd. 26, S. 191. Förster-Eccius Bd. II, S. 190. Indes diese Auffassung ist nicht richtig. Beide Kündigungsarten, sowohl die mit wie die ohne Kündigungsfrist, bringen das Rechtsverhältnis für die Zukunft zum Erlöschen. Dass der Aufhebungseffekt bei der Kündigung mit Frist erst später eintritt, beruht nicht auf einer Verschiedenheit ihres Wesens gegenüber der fristlosen Kündigung, sondern auf dem auserhalb ihres Wesens liegenden Umstande des Fristzusatzes. Ebenso Thiele a. a. O. In der That hat denn auch das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung (Bd. 17, S. 158 ff.) von einer Kündigung, „wenngleich ohne Fristbewilligung" gesprochen und damit anerkannt, dass ein materieller Unterschied nicht vorhanden ist. Die Ansicht Immerwahrs wird vor allem durch die Terminologie der Materialien zum B.G.B. — Motive Bd. II S. 417 ff., 468 ff., 545, Protokolle Bd. II, S. 149, 228, 301 u. s. w. —, die immer da, wo eine Kündigungsfrist gegeben ist, von „Kündigung", dagegen beim Fehlen der Frist von „Rücktritt für die Zukunft" reden, gestützt. Indes, die Unterscheidung ist nach dem Gesagten haltlos, und sie wird auch durch die Ausdrucksweise des Gesetzes widerlegt, das, wenn es sie für zutreffend erachtet hätte, nicht in beiden Fällen das gleiche Wort Kündigung gewählt hätte.

8. z. B. §§ 542, 544, 553, 554, 620, 723 B.G.B.

eines solchen, der unter erleichterten Bedingungen eine Lösung der rechtlichen Gebundenheit ermöglicht. Das Recht der Kündigung schliesst aber darum das Rücktrittsrecht nicht aus,[9] wenn dieses nach den allgemeinen Bestimmungen zulässig ist, vielmehr können beide Rechte, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, mit einander konkurrieren. Der Berechtigte wird dann je nach seinem Interesse das eine oder andere wählen. Allerdings wird die Notwendigkeit des Rücktritts in jenen Fällen verhältnismässig selten sein.[10]

Bei der Aufhebung durch Widerruf ist zunächst zu unterscheiden, ob ein vollendeter oder ein unvollendeter rechtsgeschäftlicher Thatbestand vorliegt.[11] Erfolgt bei letzterem der Widerruf, also z. B. bei einem Stiftungsgeschäft vor der Genehmigung (§ 81, Abs. 2 B. G. B.) oder in den Fällen der §§ 109, 178, 1397, so soll durch ihn nicht ein bereits wirksam gewordener Rechtsakt ungeschehen gemacht, es soll vielmehr gerade erst dem rechtlichen Geschehen vorgebeugt werden. Diese Fälle scheiden aus der vorliegenden Betrachtung aus, weil es sich ja bei ihnen nicht um Aufhebung von bereits bestehenden Rechtsgeschäften handelt. Es kommen hier nur die Widerrufsfälle aus §§ 168, 610, 658, 671, 790, 1584, 2253, 2270 in Betracht. Die grosse Anzahl und Verschiedenartigkeit dieser widerrufbaren Rechtsgeschäfte und die Verschiedenheit der Wirkung des Widerrufs bei ihnen

9. So auch Kisch S. 147, Planck § 626 A. 5, anscheinend auch Matthiass Bd. I S. 387 A. 2. A. M. Titze S. 286 A. 3, 296 A. 10.

10. Ueber die sich ergebenden Verschiedenheiten der beiden Rechte bei den einzelnen Verträgen vgl. Kisch S. 147 ff.

11. Isay S. 64 f.

rechtfertigen den Schluss, dass der Widerruf unter den einseitigen Aufhebungsakten die allgemeinste, am wenigsten ausgeprägte Erscheinung ist.[12] Er wirkt nicht absolut ex tunc oder ex nunc, seine Wirksamkeit wird vielmehr häufig nur durch den Inhalt des widerrufenen Rechtsgeschäfts bestimmt. Liegt dieser ausschliesslich in der Vergangenheit, wie z. B. bei §§ 530, 1584, so äussert sich der Widerruf in der Rückwirkung und nähert sich, da damit zugleich der gesamte rechtsgeschäftliche Bestand aufgehoben ist, dem Rücktritt; in anderen Fällen z. B. §§ 168, 610, 671, 790, hebt er das Rechtsgeschäft für die Zukunft auf und kommt dadurch in seinen Funktionen hinwiederum der Kündigung gleich.[13] Es fehlt ihm also gegenüber dem Rücktritt und der Kündigung der scharfumgrenzte Wirkungsinhalt. Dieser Umstand macht eine klare umfassende Definition sehr schwierig, ja fast unmöglich.[14]

Der Widerruf kommt bei einseitigen Rechtsgeschäften sowohl — §§ 658, 2253, 2270 — als auch bei Verträgen — §§ 610, 671 — vor. Der Rücktritt dagegen stellt sich als ein Spezifikum der gegenseitigen Verträge dar.[15] Ferner ist beim Rücktritt die Rückleistungspflicht strengen Grundsätzen unterworfen, während, wo beim Widerruf eine Rückgewähr in Frage kommt, z. B. §§ 531 Abs. 2, 1584 B. G. B., die milderen Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in Kraft treten. Der Widerruf kann ferner von einer Bedingung abhängig gemacht

12. A. M. Trappenberg S. 11.

13. Windscheid Bd. II S. 500.

14. Windscheid a. a. O.: Widerruf ist eine einseitige Erklärung, welche in manchen Fällen die Tendenz hat, Geschehenes thunlichst ungeschehen zu machen.

15. S. unten § 4. Motive Bd. II S. 198, 209.

sein, während Rücktritt und ebenso Kündigung durch Hinzufügung einer solchen unwirksam würden.[16]

Dass der Rücktritt einen Gegensatz zu dem gemeinrechtlichen mutuus dissensus, dem vertragsmässigen Verzicht der Parteien auf ihre Rechte aus dem Vertrage, bildet, bedarf nicht näherer Ausführung. Er ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, jener ein zweiseitiges.[17] Er ist ferner an den jeweiligen Stand des Vertrages nicht gebunden und kann in jedem Stadium des Vertrages ausgeübt werden, jener wird dagegen, den Lebensbedürfnissen entsprechend, gewöhnlich nur Anwendung finden, wenn die Vertragsrechte noch nicht verwirklicht sind, also vor der Erfüllung.

Dem Rücktritt in seinen Wirkungen gleichstehend ist die Anfechtung. Sie bewirkt, von dem Berechtigten ausgeübt, dass die Rechtswirkungen sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft aufgehoben werden.[18] Indes die Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts sind von denen des Rücktrittsrechts vollkommen verschieden. Die Anfechtung kann nur bei solchen Rechtsgeschäften stattfinden, die einen Rechtsmangel in sich tragen. Nur ist dieser Rechtsmangel nicht wie bei der absoluten Nichtigkeit so stark, dass von vornherein jede rechtliche Wirkung entfällt: das anfechtbare Geschäft bleibt trotz seines Mangels bis zur Anfechtung gültig bestehen, es liegt, wie man bisher sagte, eine schwebende Nichtigkeit vor. Der Rücktritt dagegen hat ein vollgültiges Geschäft zur Voraussetzung. Die Anfechtung bedeutet nur die Geltendmachung des schon vor-

16. Motive Bd. II S. 314. Thiele S. 89 ff., Immerwahr S. 168, Kisch S. 137, Planck §§ 564, 2, 671.

17. Kisch S. 135.

18. Windscheid Bd. II S. 500, Cosack, Bd. I S. 153 f., Matthiass Bd. I S. 232, Thiele S. 86 ff.

handenen Rechtsmangels, und dieser ist dann die innere Ursache der Vertragsaufhebung, der Rücktritt aber bringt aus sich heraus ein gültiges Geschäft zum Erlöschen. Eine weitere Differenz dürfte darin zu finden sein, dass die Anfechtung allgemeinere Natur hat, indem jedes mangelhafte Geschäft ihr unterliegt, der Rücktritt dagegen eine Besonderheit des gegenseitigen Vertrages ist.

Das Rücktrittsrecht ist ferner scharf abzugrenzen gegen gewisse ebenfalls beim gegenseitigen Vertrage erscheinende Rechte, die äusserlich ihm oft nahe kommen und darum früher häufig mit ihm identifiziert wurden, die aber ihrem rechtlichen Charakter nach etwas anderes bedeuten. So zunächst das Recht, die vertragsmässig geschuldete Leistung zu verweigern.[19] Dieses Verweigerungsrecht kann der Berechtigte im Prozesse durch eine Einrede geltend machen. Da nun durch den Rücktritt der Vertrag aufgelöst ist, so ist damit jede Vertragspflicht weggefallen. Dem Rücktrittsberechtigten steht also, wenn sein Gegner nach erklärtem Rücktritt die Vertragsleistung fordert, ebenfalls ein Verweigerungsrecht und damit die Einrede zu. Indes, dort ist das Verweigerungsrecht ein provisorisches, hier ein endgültiges. In den Fällen der §§ 320, 321 gründet sich dasselbe auf die allgemeinen Grundsätze des gegenseitigen Vertrages, wonach Leistung gegen Leistung stehen soll, es hat also das Bestehen des Vertrages zur Voraussetzung. Hier beim Rücktritt ist das Verweigerungsrecht gerade die Folge des Nichtbestehens des Vertrages. Darum darf dort der Schuldner nur so lange verweigern, als die Erfüllung der gegnerischen Vertragspflicht ausbleibt bezw.

19. §§ 320, 321 B.G.B.

gefährdet ist, hier dagegen ist die dauernde Erfüllungsweigerung statthaft, weil der Vertragsschuldner infolge des Rücktritts nicht mehr Schuldner ist.

Die Rücktrittserklärung ist fernerhin streng zu scheiden von der Erklärung, dass man die Leistung, die die Gegenpartei schuldet, abweise und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere.[20] Theorie und Praxis des gemeinen Rechts erkannten im allgemeinen die Unvereinbarkeit des Rücktrittsrechts mit dem Schadensersatzanspruch nicht an. Sie gewährten vielmehr dieses neben jenem, wenn es zur Wahrung des vollen Interesses des Gläubigers notwendig erschien. Das B. G. B. hat diese Auffassung nicht übernommen. Von seinem Standpunkte aus besagt die mit einem Schadensersatzanspruch verbundene Ablehnung nur, dass man die vertragsmässig geschuldete Leistung zurückweise, dass man aber allen Vorteil, den man aus dem Vertrage hätte ziehen können, verlange. Sie steht mithin, da sie das Aequivalent der Vertragserfüllung fordert, auf dem Boden des Vertrages. Auch das Reichsgericht[21] nimmt schon lange diesen Standpunkt ein. Es sagt darüber:

„Wer das Interesse statt der Erfüllung fordert, geht nicht vom Vertrage ab, als sei derselbe nicht geschlossen; er fordert vielmehr nur einen anderen Gegenstand, aber er fordert diesen Gegenstand kraft seines Rechtes aus dem Vertrage. Statt dass er vom Vertrage abgeht, fordert er die Realisierung des Vertrages nur nach einer anderen Richtung: statt des unmittelbaren Vertragsgegenstandes Gewährung des Vermögenswertes, den er gehabt haben würde, wenn der Schuldner den Vertragsgegenstand selbst gewährt hätte".

20. §§ 280, 286 B.G.B.

21. R.G. i. Civ. Bd. 10 S. 180.

„Die zurücktretende Partei dagegen," so sagt Cosack[22] treffend, „erstrebt nicht den Zustand, wie er sein würde, wenn der Gegner den Vertrag ordentlich erfüllt hätte, sondern den Zustand, wie er sein würde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre." Eine Vereinigung des Rücktritts- und des Schadensersatzrechts erscheint aus diesen Gründen schlechthin ausgeschlossen. Die Rücktrittserklärung bringt den Willen zum Ausdruck, dass man den status quo ante wünsche, enthält also notwendig einen Verzicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; denn dieser Schadenersatzanspruch lässt sich nur auf der Basis eines bestehenden Vertrages begründen.[23] Dieses Prinzip sprachen schon die Motive mit aller Deutlichkeit in dem Satze aus:

„Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch schliessen sich aus, denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre; hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht."[24]

Dies ist auch der Standpunkt des B. G. B. geworden. Das geht u. a. daraus hervor, dass z. B. in den Fällen der §§ 325, 326 Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch als Rechtsbehelfe unter gegen-

22. Cosack Bd. I S. 355. Siehe auch Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 419 f.

23. Staub 1900, Bd. II, S. 1290; Planck § 325 Anm. 1b, Kisch S. 151 f., Schöller Bd. 44, S. 606, 608 f., Bd. 45 S. 517. Im Gegensatz zu der hier dargelegten Ansicht bezeichnet Endemann Bd. I S. 617 das Ablehnungsrecht der §§ 280, 286 B.G.B. als Rücktrittsrecht; er sieht sich dadurch zu der bedenklichen Konstruktion genötigt, neben dem Rücktrittsrecht einen vertraglichen Schadensersatzspruch zuzulassen.

24. Motive Bd. II S. 210 f.

seitigem Ausschluss einander gegenübergestellt sind, was im anderen Falle nicht zu erklären wäre. Ferner spricht für die Gegensetzlichkeit beider Rechte der Umstand, dass ein für die Vertragsschuld bestellter Bürge oder ein dafür bestelltes Pfand auch für den Anspruch auf Schadensersatz haften, beim Rücktritt aber beides fortfällt, weil auf Grund des Rücktritts mit den prinzipalen auch die accessorischen Rechte bezw. Pflichten aus dem Vertrage aufgehoben sind. Dass auf das Ablehnungs- und Schadensersatzrecht[25] die Regeln des vertragsmässigen Rücktrittsrechts entsprechende Anwendung finden, bedeutet, wie unten noch näher ausgeführt wird, durchaus nicht die Gewährung eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes.

Der Gegensatz von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt würde an sich nicht die Möglichkeit ausschliessen, einen ausserkontraktlichen Schadensersatz neben dem Rücktritt anzuerkennen. Hat der Rücktrittsberechtigte Ausgaben, z. B. Reisekosten, in Erwartung der Erfüllung gemacht, so würde ein „negativer Erfüllungsanspruch"[26] auf Ersatz dieser Ausgaben praktisch oft wünschenswert und nur billig sein. Die Zulässigkeit dieses Anspruchs würde sich auch begrifflich rechtfertigen lassen, denn die Ausgaben gehören im weiteren Sinne auch zu den Wirkungen des Vertrages, die doch der Rücktritt beseitigen soll. Ferner wird man die Zulässigkeit eines Vorbehalts dieses ausserkontraktlichen Ersatzanspruchs nicht gut leugnen dürfen. Trotz aller dieser Gründe dafür ist vom Standpunkte des Gesetzes der negative Erfüllungsanspruch

---

25. §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 286 Abs. 2.
26. Kisch S. 152.

neben dem Rücktritt nicht statthaft. Es hätte im anderen Falle das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung getroffen, wie es dies sonst gethan hat.[27] [28]

---

27. Vgl. §§ 31, 42, Abs. 2, 122, 179, 228, 467, 628, Abs. 2 u. s. w. B.G.B. Bei der Kündigung ist gemäss § 628, 2 im Gegensatz zum Rücktritt der ausserkontraktliche Schadenanspruch gegeben. S. auch Titze S. 286.

28. Protokolle Bd. VI, 158. Staub, Exkurs zu § 374. A. 32, Titze S. 185 A. 3, Kisch S. 152, Schöller Bd. 44, S. 641[11], Bd. 45, S. 515 ff. A. M. Türcke S. 20 f. Cosack Bd. I S. 408 will unzulässiger Weise nach dem heutigen Bürgerlichen Recht unter Umständen einen Schadensersatz neben dem Rücktritt gewähren.

Vgl. über die Vereinigung des Schadensersatzes und Rücktritts im gemeinen Recht und in modernen Kodifikationen Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 108 f.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei Schuldverträgen.

Erstes Kapitel.

Das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht.

A. Voraussetzungen.

1. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen.

§ 4.

Bevor wir in die Behandlung der Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei Schuldverträgen im einzelnen eintreten können, ist der Umfang der Anwendbarkeit des Rücktrittsrechts auf Schuldverträge zu prüfen.

Gilt es für alle Schuldverträge oder ist es auf eine bestimmte Art beschränkt? Soweit ein Rücktrittsrecht durch Vereinbarung geschaffen werden soll, ist es bei jedem Vertrage zulässig; darin zeigt sich das Prinzip der Vertragsfreiheit, dass die Parteien sich bei jeglichem Rechtsverhältnis eine einseitige Lösung des obligatorischen Bandes vorbehalten können. Dem gesetzlichen Rücktrittsrecht jedoch — und nur dieses fällt in den Rahmen der vorliegenden Betrachtung — ist ein engeres Ziel gesetzt worden. Es ist im B.G.B. lediglich ein Rechtsbehelf beim gegenseitigen Vertrage geworden. Bei diesem bildet die eine Leistung den Gegenwert und darum zugleich Zweck und Ziel der anderen.[1] Diese gegenseitige Abhängigkeit der Leis-

1. Cosack Bd. I S. 299 f.

tungen macht nun, wenn der andere Vertragsteil seine Verpflichtung nicht erfüllt, in gewissen Fällen ein Rücktrittsrecht für den anderen Teil notwendig. Denn dieser leistet eben nur mit Rücksicht und in Erwartung der Gegenleistung. Das Rücktrittsrecht bedeutet demnach hier nichts anderes als einen Niederschlag der rechtlichen Natur des gegenseitigen Vertrages. Es fragt sich, worin die Beschränkung des Rücktrittsrechtes auf den gegenseitigen Vertrag ihren Grund hat. Das Rücktrittsrecht bildet eines der Gegenmittel gegen die Vertragswidrigkeit des anderen Vertragsteils. Es hat beim gegenseitigen Vertrage die Wirkung, dass es das Forderungsrecht des Rücktrittsberechtigten aufhebt, zugleich aber — und darin liegt seine besondere Bedeutung für den Gläubiger — seine Leistungspflicht zum Erlöschen bringt bezw. die Rückgabepflicht bezüglich des bereits Geleisteten begründet.[2]

Der Gläubiger wird aber naturgemäss nicht zurücktreten wollen, wenn er nur Gläubiger, nicht auch Schuldner ist, d. h. wenn der Vertrag lediglich auf einer Seite eine Verpflichtung erzeugt hat und der Gläubiger durch den Rücktritt nur die einseitig bestehende Pflicht des anderen Teils aufhöbe; denn er würde damit sich nur schädigen und für den Schuldner trotz des vertragswidrigen Verhaltens desselben keinen Rechtsnachteil herbeiführen. Sein Rücktritt würde dann re vera nichts anderes sein als der einseitige Verzicht auf die Vertragsleistung. Verspricht A dem B, der einen Häuserkauf zu einem bestimmten Termine abschliessen will, ein Darlehen und käme A mit der Erfüllung des Darlehnsversprechens in Verzug, so würde dem B mit dem Rücktrittsrechte nicht geholfen

2. Aehnlich Schöller Bd. 45 S. 514.

sein. Denn A könnte dann, wenn der Rücktritt erfolgte, sein Geld behalten und hätte somit ungestraft seine Vertragspflicht verletzt, während B bei Nichtausübung des Rücktrittsrechtes wenigstens das Geld überhaupt, wenn auch zu spät, erhalten haben würde. Die Rechtsordnung würde also, anstatt den Gläubiger gegenüber dem schuldhaften Gegner zu unterstützen, ihn durch dieses „Recht" ungünstiger stellen, als er ohne dasselbe sein würde.

Dieselbe Erscheinung wie beim einseitig verpflichtenden Vertrage, wo unter allen Umständen nur ein Teil Gläubiger ist, würde sich im gleichen Falle auch beim unvollkommen zweiseitigen Vertrage zeigen. Denn auch dieser begründet von vornherein nur die Verpflichtung eines Vertragteils und kann nur unter Umständen auch eine Verpflichtung des anderen Teils begründen.

Es erscheint, vom wirtschaftlichen Standpunkt betrachtet, zwecklos, bei diesen Verträgen dem **Gläubiger** ein Rücktrittsrecht einzuräumen. Denn der Zweck des Rücktritts für den Gläubiger, die Aufhebung der eigenen Leistungspflicht herbeizuführen bezw. die Rückgabe der bereits hingegebenen Leistung zu erwirken, lässt sich da, wo der Gläubiger gar keine Leistungspflicht hat, naturgemäss nicht realisieren. Darum hat auch die Rechtsordnung, deren Ziel doch die vernünftige Regelung der Parteibeziehungen ist, von einem Rücktrittsrecht in diesem Falle abgesehen. Es muss da, wie auch die Motive bemerken,[3] ein Aequivalent an die Stelle des unanwendbaren Rücktrittsrechts treten, um das durch die Vertragsverletzung gestörte rechtliche Gleichgewicht wiederherzustellen; das kann dann nur der Schadensersatz sein.

---

3. Motive Bd. II S. 52 f.

Bei diesen Verträgen aber etwa dem **Schuldner** ein Rücktrittsrecht zu geben, verbietet sich aus logischen Gründen. Das Rücktrittsrecht setzt als Ausnahme von der Vertragsgebundenheit stets ein gewisses vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles voraus. Da aber der andere Teil hier gar keine Vertragsverpflichtung hat, wäre ein Rücktrittsrecht für den Schuldner ungerechtfertigt und darum dem Gläubiger gegenüber unbillig.[4]

Es wird also festzuhalten sein, dass der Rücktritt eine dem gegenseitigen Vertrage eigentümliche Rechtserscheinung ist.[5] Dafür spricht auch die Fassung des Gesetzes. Es begründet für die Parteien die Verpflichtung, im Falle des Rücktritts „einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren". Leistungen auf beiden Seiten sind aber in der Regel das Merkmal des gegenseitigen Vertrages.[6] — Der Rücktritt ist auch innerhalb des gegenseitigen Vertrages bei Nichterfüllung solcher Vertragspflichten ausgeschlossen, die nicht den Charakter eines Entgelts tragen. So werden dem Verkäufer, wenn der Käufer nicht abnimmt,[7] das Rücktrittsrecht und die anderen Befugnisse der §§ 323 ff nicht zugestanden werden dürfen. Vielmehr kommen hier lediglich die Rechte aus §§ 280, 286 B.G.B. in Betracht.[8]

---

4. Aus allen diesen Gründen möchte ich die Ansicht Cosacks — Bd. I S. 348[b] — ablehnen, dass auch bei einseitigen und unvollkommen zweiseitigen Verträgen ein gesetzliches Rücktrittsrecht zulässig ist.

5. Welche Verträge im einzelnen hierher gehören, s. Matthiass Bd. I S. 387, Kisch S. 2 ff.

6. Vgl. Entw. I § 377, Abs. 2 S. 3.

7. §§ 433, 640 BGB.

8. Kisch S. 7 f., Kleineidam S. 129, Staub, Exkurs z. § 374 A. 141 ff., A. M. Schöller, Bd. 46 S. 10 f.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung ist behauptet worden, dass das B.G.B. auch für die nicht gegenseitigen Verträge ein gesetzliches Rücktrittsrecht in der Gestalt des oben bereits genannten Ablehnungsrechtes statuiert hat. Nach § 280 B.G.B., einer für alle Schuldverhältnisse geltenden Vorschrift, hat der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat, Schadensersatz zu leisten, soweit die Leistung unmöglich geworden ist. Er hat also dann zum Teil die vertragsmässige Leistung, zum Teil Schadensersatz zu gewähren. Der Gläubiger darf jedoch diese Art der Erfüllung ablehnen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Die Beweispflicht hierfür trifft ihn und er ist derselben nicht durch den Einwand überhoben, dass Teilleistungen nach § 266 B.G.B. nicht angenommen zu werden brauchen; denn die Bewirkung der noch möglichen Leistung zusammen mit dem Schadensersatz erscheint nach § 280 Abs. 1 vom rechtlichen Standpunkte aus nicht als Teilleistung, sondern als volle Leistung.[9] Besteht jedoch infolge des mangelnden Interesses an dieser „geteilten" Erfüllung gemäss § 280 Abs. 2 das Ablehnungs- und Schadensersatzrecht, so kommen die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 B.G.B. entsprechend zur Anwendung. Dieselbe Regelung findet sich für die fiktive Unmöglichkeit und für den Verzug, wenn die Leistung für den Gläubiger kein Interessse hat.[10] Aus der Analogie der Vorschriften über den vertragsmässigen Rücktritt auf diese Fälle hat ein Teil der Schriftsteller auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht schliessen zu dürfen geglaubt: so spricht Oert-

9. Motive Bd. II S. 52.
10. §§ 283 Abs. 2, 286 Abs. 2 B.G.B.

mann von einem gesetzlichen Rücktrittsrecht, ebenso Endemann von einem modifizierten Rücktritt.[11] Eine solche Auffassung ist abzulehnen. Der mit dem Ablehnungsrecht verbundene Schadensersatzanspruch steht ohne weiteres der Annahme eines Rücktrittsrechtes entgegen. Denn er hat als Surrogat der Vertragserfüllung gerade den bestehenden Vertrag zur Voraussetzung.[12] Er gewährt dem Gläubiger die Möglichkeit, trotz Ablehnung der Naturalerfüllung „bei dem Vertrage stehen zu bleiben und das volle Interesse wegen gänzlicher Nichterfüllung zu verlangen."[13] Seine Wirkung ist dementsprechend nicht eine Beseitigung, sondern eine Aufrechterhaltung der rechtlichen Gebundenheit. Mit Rücksicht auf das Ablehnungsrecht könnte man mit Kleineidam[14] von einem „Rücktritt von dem ursprünglichen Leistungsinhalt" reden, muss sich dabei aber gegenwärtig halten, dass das noch kein Rücktritt vom Vertrage, vielmehr nur der gesetzlich gestattete Uebergang von einer zur anderen Leistungsart ist. Es bleiben demgemäss die für die Forderung etwa bestellten Sicherheiten auch für den Schadensersatzanspruch bestehen, was beim Rücktritt ausgeschlossen ist, weil da jede Grundlage für einen aus dem Vertrage entspringenden Anspruch entfällt.[15]

Die Heranziehung der Vorschriften des vertrags-

11. Oertmann, Vorbem. zu § 346. Endemann Bd. I S. 255 Anm. 17.

12. Kleineidam S. 112.

13. Motive Bd. II S. 52 f.

14. Kleineidam a. a. O. In diesem Sinne liesse sich auch die oben erwähnte Endemannsche Ausdrucksweise rechtfertigen.

15. Kisch S. 190, Titze S. 152 ff, Schöller Bd. 45 S. 514. Aehnlich Dernburg Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II S. 133, 160.

mässigen Rücktrittsrechts schien nur mit Rücksicht auf die formelle Gleichheit der Ablehnungs- und Rücktrittserklärung und insbesondere für den Fall angebracht, dass ein Teil der geschuldeten Leistung bereits vor Ablehnung der Erfüllung und Erhebung des Schadensersatzanspruchs bewirkt worden ist. Denn es widerspräche der Billigkeit, wenn der Gläubiger neben dem vollen Schadensersatz, den er wegen des Interessemangels fordern darf, auch die etwa schon teilweise bewirkte Leistung noch behalten dürfte. Darum statuiert das Gesetz für diese Fälle die Rückleistungspflicht in Bezug auf jene Teilleistung und zwar nach den strengen Vorschriften des Rücktritts, weil es dem Schuldner nicht neben seiner Schadensersatzpflicht noch die Gefahr aufbürden wollte, seine Leistung etwa nur soweit zurückzuerhalten, als der andere Teil noch bereichert ist. Von einem Rücktritt vom Vertrage ist demnach hier nicht die Rede. Der erste Entwurf[16] sprach dies auch deutlich dadurch aus, dass er von einem Schadensersatz wegen Nichterfüllung „unter Ablehnung oder Rückgewährung" sprach und nur die Anwendung der auf den vorliegenden Fall passenden Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechts, inbesondere über die Form der Erklärung und die Restitutionspflicht gebot. Damit vermied er auch den äusseren Anschein eines gesetzlichen Rücktrittsrechts, wie ihn das B.G.B. dadurch erweckt, dass es seiner allgemeinen Verweisungsmethode gemäss nur die entsprechende Anwendung der Rücktrittsbestimmungen vorschreibt. Sollte man dagegen einwenden, dass aus der ein gesetzliches Rücktrittsrecht regelmässig kennzeichnenden Ausdrucksweise des Gesetzes: „Die für das vertragsmässige

16. E. I § 242. Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 124.

Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 finden entsprechende Anwendung" auf ein solches auch hier zu schliessen sei, so ist dagegen zu sagen, dass in solchen Fragen nicht das äussere Moment des Ausdrucks, sondern vor allem die rechtliche Natur des Verhältnisses entscheidet. So ist die noch unten zu behandelnde Wandlung nicht deshalb Rücktritt, weil die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht Anwendung finden, sondern weil die Wandlung ein Rücktritt vom Vertrage ist, kommen jene Vorschriften zur Anwendung. Ebenso irrig ist es, die Kündigung mit Beziehung auf die §§ 555, 628, Abs. 1. S. 3 deswegen als Rücktritt im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen, weil bei ihr Mietszahlungen, die für eine jenseits des Mietsablaufs liegende Zeit bewirkt sind, nach den Vorschriften des Rücktritts zurückzuzahlen sind. Die Anwendung der Rücktrittsregeln auf die Fälle der §§ 280, 283, 286 ergiebt nur, dass durch die Erklärung des Gläubigers, dass er die Erfüllung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, zwischen den beiden Kontrahenten Pflichten wie aus einem durch den Rücktritt geschaffenen gegenseitigen Schuldverhältnisse entstehen, dass eine dem Rücktritt vom Vertrage entsprechende Veränderung der Sachlage eintritt.[17] Anstatt der beim Rücktritt geforderten Restitution der empfangenen Leistungen hat hier der Gläubiger die etwa erhaltene Leistung zurückzugeben, der Schuldner aber den Schadensersatz zu gewähren. Hat der Gläubiger die wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die Unmöglichkeit der Rückgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet, so ist das Ablehnungsrecht und

17. Planck §§ 280 Anm. 6, 286 Anm. 2. Aehnlich Rehbein Bd. II S. 116 Anm. 102. Petri S. 71 f.

der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ausgeschlossen;[18] der Gläubiger ist dann auf den Anspruch aus § 280 Abs. 1 bezw. 283 Abs. 1 bezw. 286 Abs. 1 beschränkt. Ist an den Gläubiger noch nichts geleistet, so kann von einer Rückgewähr nicht die Rede sein; es würden dann die Rücktrittsvorschriften nur soweit ihre Wirksamkeit äussern, als ihre entsprechende Anwendung noch möglich ist. Für diesen Fall kämen nur die §§ 349 betreffs der Form der Ablehnung, 355 betreffs der Fristsetzung zur Ausübung des Ablehnungsrechtes und 356 betreffs der Unteilbarkeit der Ablehnungserklärung in Betracht. Die Anwendung der Regeln des Rücktritts auf das vorliegende Rechtsverhältnis hier näher auszuführen, dürfte sich erübrigen. Es genügt die Feststellung, dass wir es mit einem gesetzlichen Rücktrittsrechte nicht zu thun haben.

2. Bei gegenseitigen Verträgen,

a) Völliger Rücktritt.

aa) wegen verschuldeter Unmöglichkeit.

§ 5.

Das römische und das frühere Gemeine Recht standen, wie oben schon kurz ausgeführt, auf dem Standpunkte, dass der gegenseitige Vertrag — als Hauptvertreter gelten immer Kauf und Miete — zwei selbständige, von einander unabhängige Forderungen erzeugt, deren Geltendmachung und Wirksamkeit nach dem Vertragsschlusse nicht mehr durch die gegenseitige Existenz bedingt sind. (Genetisches Synallagma.)[1] Damit wurde die Realisirung und prozessuale Durch-

18. § 351 B.G.B.

1. Kleineidam S. 127 f. insbes. Anm. 2, 6.

führung erleichtert, zugleich aber auch die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung sehr erhöht.[2] Dass diese Befürchtung begründet war, erhellt aus der Einführung der exceptio non adimpleti contractus. Diese beweist das im römischen Recht so oft befolgte Prinzip, an der starren Regel des alten Civilrechts festzuhalten, ihre strenge Wirkung aber auf Umwegen zu mildern. Ohne diese exceptio hätte die formalistische Gestaltung des gegenseitigen Vertrages, da sie gerade bei den im Verkehr häufigsten Kontrakten zu Ungerechtigkeiten geführt hätte, ihre Lebensfähigkeit nicht verhältnismässig so lange behalten. Im Grunde lag schon in dem Rechtsmittel der exceptio non adimpleti contractus verborgen der später deutlich ausgesprochene Gedanke, dass die Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrag in ihrem Bestehen von einander abhängen, dass sie dauernd zusammengehörige Bestandteile eines einheitlichen Schuldverhältnisses sind. (Funktionelles Synallagma.)[3] Der eine Teil erfüllt nur mit Rücksicht auf die erwartete Gegenleistung, kann also bei deren Ausbleiben seine Leistung zurückbehalten.[4] Diese Anschauungen haben sich, von Billigkeit und Verkehrsrücksichten gefordert, siegreich Bahn gebrochen und auch das B.G.B. hat sich ihnen angeschlossen. Allerdings hat es jenen

---

2. Dernburg, Pandekten Bd. II S. 57.

3. Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse S. 202. Keutner S. 8 ff. Im römischen Rechte auch der spätesten Zeit war allerdings unbedingte Gegenseitigkeit nicht anerkannt worden. Dies beweist der in Geltung gebliebene Satz: periculum est emtoris. Kleineidam S. 128 Anm 6. Kisch S. 45 Anm. 5.

4. Kisch S. 49 Anm. 1 und die dort Genannten. Titze S. 163 Anm. 1. Keutner S. 26. Kisch in Jherings Jahrbüchern Bd. 44, S. 74 f.

Grundsatz der Zusammengehörigkeit und gegenseitigen Bedingtheit der Ansprüche nicht ausnahmslos durchgeführt; es giebt auch die römisch-rechtliche Auffassung von der Selbständigkeit der Verpflichtungen nicht ganz auf, was daraus hervorgeht, dass die letzteren selbständige Klagen erzeugen, und dass die Verjährung der Ansprüche trotz der Einrede des nicht erfüllten Vertrages weiter läuft.[5] In der Hauptsache jedoch steht es mit dem allgemeinen Landrecht und dem Code civil auf dem oben dargelegten modernen Standpunkte.

Das B. G. B. giebt analog der exceptio non adimpleti contractus beim gegenseitigen Vertrage ein Verweigerungsrecht bis zur Erfüllung von der Gegenseite, die sogen. Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Nun bedarf es aber naturgemäss nicht nur für den Fall der vorübergehenden, sondern noch dringender für den der dauernden Nichterfüllung eines Rechtsbehelfes, denn wenn schon die vorläufige Nichterfüllung Rechtswirkungen zu Gunsten des Berechtigten erheischt, so sind solche für den Fall, dass die geschuldete Leistung überhaupt nicht bewirkt wird, noch viel notwendiger. Das Gesetz kann nicht einen solchen provisorischen Zustand, wie ihn die Einrede des nicht erfüllten Vertrages schafft, da perpetuieren wollen, wo das Bedürfnis auf eine endgültige Regelung der Parteibeziehungen hindrängt und die Möglichkeit dazu auch vorhanden ist. Das B. G. B. giebt darum dem Gläubiger für den Fall der dauernden Nichterfüllung in den §§ 323 ff. gewisse Rechte in die Hand, um das schwebende Rechtsverhältnis auf die eine oder andere Weise zu erledigen. Alle diese Rechte sind wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht willkürlich nur etwa aus praktischen Rück-

5. §§ 322, 202 Abs. 2 B.G.B.

sichten in das Vertragsverhältnis hineingezwängt worden, sondern liegen im Wesen des gegenseitigen Vertrages begründet. Die beiderseitigen, aus dem Vertrage entspringenden Forderungsrechte stehen bezüglich ihrer Geltendmachung wie ihres Bestandes in engster Wechselbeziehung und Wechselwirkung,[6] und hierin wird der letzte Grund jener Rechte zu finden sein.

Die dauernde Nichterfüllung wird aber nicht allein den Massstab für den Erwerb der Rechte bilden dürfen. Es ist durch die Billigkeit geboten, dass neben dem objektiven Thatbestand der dauernden Nichterfüllung auch das subjektive Moment des Verschuldens Berücksichtigung finde. Die Frage nach dem Verschulden wird allerdings bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht gestellt; sie erübrigt sich da, weil infolge der Struktur des gegenseitigen Vertrages schon die blosse Nichterfüllung der einen Seite die Einrede gewährt: der eine Teil ist eben nur unter der Voraussetzung der präsenten Gegenleistung zur Leistung seinerseits verpflichtet. Die dauernde Nichterfüllung aber macht, da die Aussicht auf Naturalerfüllung nunmehr entfällt, eine endgültige Erledigung der Rechtsbeziehungen notwendig, sie wird darum naturgemäss stärkere Wirkungen zu Ungunsten dessen, der sie verursacht hat, hervorrufen müssen und hier ist dann die Frage, ob verschuldete oder unverschuldete Nichterfüllung vorliegt, unabweislich zu stellen.

Das Rücktrittsrecht, das zu jenen obengenannten Rechten gehört, ist als eines der stärksten Gegenmittel gegen die Vertragswidrigkeit des anderen Teils nur bei dessen verschuldeter Nichterfüllung seiner Leistungspflicht gegeben. Für den Fall der unverschuldeten Nichterfüllung[7] wäre der Rücktritt dem Schuldner

6. Kisch S. 1. Motive Bd. II S. 205.

7. § 323 B.G.B.

gegenüber eine zu harte Massregel. Dies hob der erste Entwurf[8] noch ausdrücklich hervor: „Erfüllt der eine Vertragschliessende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist.“ Hat der Gläubiger die Nichterfüllung des Schuldners verschuldet,[9] so darf ihm das Rücktrittsrecht ebenfalls im Interesse des Schuldners nicht gewährtt werden. Er würde sonst ein bequemes Mittel haben, sich seiner eigenen Leistungspflicht zu entschlagen, nachdem er die Leistung des anderen Teils schuldhaft vereitelt und diesen dadurch am Vermögen geschädigt hat.

Diese Fälle scheiden daher für die nachfolgende Betrachtung aus.

In drei Fällen hat das B. G. B. für den Gläubiger im gegenseitigen Vertrage eine Rücktrittsbefugnis statuiert:

1. wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, § 325 Abs. 1.[10]

2. wenn er die nach seiner rechtskräftigen Verurteilung zur Leistung gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lässt, § 325. Abs. 2.

3. wenn er mit seiner Leistung in Verzug kommt, § 326.

Das Rücktrittsrecht ist hier überall zugleich neben anderen Rechten gewährt. Das Gesetz hat mit Recht angenommen, dass das Verkehrsleben sich um so in-

8. Entw. I § 300.

9. § 324 B.G.B.

10. „Zu vertreten haben“ ist mit „Verschulden“ nicht immer identisch. Vgl. § 279 B.G.B. Es wird jedoch im folgenden der leichteren Ausdrucksweise wegen regelmässig von Verschulden im Sinne von „zu vertreten haben“ die Rede sein.

tensiver entfalten könne, je mehr Wahlmöglichkeiten für den Gläubiger vorhanden sind. Dieselben sollen ihm in ihrer Verschiedenheit Gelegenheit geben, durch Wahl des günstigsten Rechts sein Interesse am besten zu wahren. Dadurch nähert sich die Rechtsordnung dem Ideale des gegen den Vertragsbruch gerichteten Rechtsschutzes, den Gläubiger in die Vermögenslage zu bringen, in der er sich ohne die Vertragsverletzung befinden würde.[11] Das Rücktrittsrecht ist eines dieser zur Wahl gestellten Rechte und es erscheint darum nicht angängig, es aus dem Zusammenhange mit den anderen Rechten herauszureissen und für sich gesondert darzustellen. Vielmehr wird sein Zweck und Wert nur durch Vergleichung und Gegenüberstellung der verschiedenen Rechte klar werden.

§ 325 Abs. 1 bestimmt:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Massgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen."

Die Vorschrift handelt nur von der unmöglich werdenden Leistung aus dem gegenseitigen Vertrage, d. h. also von der nachträglichen Unmöglichkeit[12]. Im

11. Regelsberger S. 27.

12. S. über deren Begriff Kisch S. 9, 25 ff., Kleineidam S. 84 ff.; über einzelne Fälle Kisch S. 97 ff.

Falle ursprünglicher Unmöglichkeit[13] läge ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter, nach § 306 also nichtiger Vertrag vor. Wo aber von Anfang an keine Verpflichtung besteht, ist auch kein Rücktritt denkbar.

Ist dagegen ein gültiger Vertrag vorhanden und die Leistung des einen Teils durch seine Schuld nach Vertragsschluss unmöglich geworden, dann greift die genannte Vorschrift Platz. Unter sie fällt auch das nachträgliche Unvermögen, das, mit Ausnahme der Gattungsschuld, der nachträglichen Unmöglichkeit gleichsteht[14]. — Die Rechte, die im Falle verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit nach § 280 dem Gläubiger zustehen, behalten, da sie für alle Schuldverhältnisse gegeben sind, ihre Geltungskraft auch für den gegenseitigen Vertrag bei. Der nichtschuldige Teil kann also beim gegenseitigen Vertrage Schadensersatz fordern, soweit die dem anderen Teil obliegende Leistung unmöglich geworden ist oder bei mangelndem Interesse unter Ablehnung des noch möglichen Teiles vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei Ausübung dieses Rechts kann jedoch, wie oben dargelegt, von einem Rücktrittsrecht keine Rede sein. Der Gläubiger beruft sich hier nicht auf das Vorhandensein eines gegenseitigen Vertrages und dessen Wesensart, sondern betrachtet die Leistungspflicht des Gegners als selbständige, von der seinigen unabhängige einseitige Verpflichtung, mit anderen Worten: er macht dann, vom Standpunkte des gegenseitigen Vertrages betrachtet, nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern wegen Nichtleistung geltend.

---

13. Ueber deren Begriff Kleineidam in Jherings Jhrb. Bd. 43 S. 105 ff.

14. §§ 275 Abs. 2, 279 B.G.B.

Der Gläubiger kann aber — und das wird, weil es für ihn günstiger ist, die Regel sein — sich auf die Gegenseitigkeit des Vertrages stützen und dann entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Dass das Rücktrittsrecht für ihn sehr grosse Bedeutung haben kann, bedarf im Hinblick auf das früher Gesagte nur einiger Beispiele. Hat der eine Teil mit dem anderen Teil ein Tauschgeschäft bezüglich zweier species abgeschlossen und die vom anderen Teil geschuldete species geht durch dessen Schuld unter, so würde dem ersteren, wenn er seine Sache gerade nur gegen die andere hingeben wollte, mit einem Schadensersatz nicht gedient sein; denn er hat den Vertrag ja gerade zum Zweck des Sachaustausches geschlossen. Erhält er die ihm vertragsmässig geschuldete andere Sache durch des Gegners Verschulden nicht, so soll er auch seine Sache behalten, oder, wenn er sie schon hingegeben hat, zurückfordern dürfen. Ebenso erweist sich die wirtschaftliche Notwendigkeit des Rücktrittsrechts bei Gattungsschulden. Wird die Gegenleistung für die vom Gläubiger etwa schon bewirkte Leistung schuldhaft unmöglich, und ist etwa der Wert der hingegebenen Leistung infolge einer inzwischen eingetretenen Preiserhöhung über den Wert des zu beanspruchenden Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des Vertrages hinausgewachsen, so wird man dem Gläubiger den Rücktritt nicht versagen dürfen. Bei ordnungsmässiger Vertragserfüllung hätte nicht er, sondern der andere Teil den Vorteil der Preiserhöhung ziehen können; als Entgelt für das Verschulden des anderen Teils fällt der Vorteil nun ihm zu. Es ist wohl eine den heutigen Verkehrsanschauungen nicht mehr ganz entsprechende Ansicht, wenn man darin eine ungerechte Benachteiligung des Schuldners und

eine Förderung der Spekulationsgelüste des Gläubigers erblickt. Man muss doch vor allem den Vertragsbruch im Auge behalten; so lange der Schuldner nicht gegen seine Vertragspflichten verstösst, ist der Gläubiger auch gebunden und darf nicht, wenn es seinem Interesse entspricht, vom Vertragsinhalt abweichen; aber es wäre ungerecht gegen den Gläubiger, ihn gegenüber dem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners an seine Willenskundgebung zu binden, die stillschweigend doch das ordnungsmässige Verhalten des anderen zur Voraussetzung gehabt hat. Ferner würde der Schadensersatzanspruch dem Gläubiger nicht helfen, wenn der Schuldner infolge Zahlungsunfähigkeit diesen nicht erfüllen könnte.

Häufiger wird allerdings wohl bei verschuldeter Unmöglichkeit der Schadensersatzanspruch Platz greifen, weil er dem Gläubiger im Falle eines Schadens meist erwünschter sein wird. Im einzelnen werden die besonderen Umstände der Sachlage für die Wahl zwischen Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch den Ausschlag geben müssen.

Ueber den Inhalt und die Wirksamkeit des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung gegenüber dem Rücktrittsrecht herrscht unter den Bearbeitern des B.G.B. grosse Meinungsverschiedenheit.[15] Die überwiegende Mehrzahl derselben vertritt folgenden Stand-

15. Für das Folgende vgl. Staub, 1900, Bd. II Exkurs z. § 374 Anm. 20 ff. Cosack, Bd. I S. 336, 408, 446. Schöller Bd. 44, S. 603 ff., Bd. 45, S. 511 ff. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 377 ff. Hahn Bd. VI S. 372 f. A. M. Planck § 325 Anm. 1a. Fischer-Henle, § 325 Anm. 3, Matthiass Bd. I S. 393, Kleineidam S. 144 ff., Titze S. 183 ff. Kisch S. 132 Anm. 24 und die dort Genannten, Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 69 Anm. 2, 3 und die dort Genannten.

punkt: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist nur das Surrogat des Erfüllungsanspruchs, mithin nur ein anders gearteter Anspruch auf Erfüllung. Es bleibt der, der ihn geltend macht, zur Gegenleistung seinerseits verpflichtet. Der Schadensersatz tritt nur an die Stelle der Naturalleistung des schuldigen Teils, die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen, damit also auch die Gegenleistungspflicht bleibt ungemindert bestehen.

Der Hauptfehler dieser Ansicht liegt m. E. in der unrichtigen Auffassung des Begriffes Nichterfüllung. Derselbe ist nicht auf die einseitige Leistung, sondern nur auf den Vertrag als Rechtseinheit zu beziehen.[16] Insofern ist der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in den §§ 280, 283, 286 und andererseits § 325 begrifflich als völlig gleichbedeutend zu erachten. Nur dass sich inhaltlich in jenem Falle die Erfüllung gemäss der Natur des nicht gegenseitigen Vertrages in der einseitigen Leistung regelmässig erschöpft, während hier Leistung gegen Leistung steht, die Erfüllung also diesen Umfang hat. Ist aber unter diesem Gesichtspunkte die Erfüllung nach dem jeweiligen Umfange des Vertragsinhalts zu betrachten, so gilt naturgemäss das Gleiche für den Begriff der Nichterfüllung. Wird also Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage verlangt, so ist dieser Anspruch nicht aus der schuldhaften Nicht leistung, sondern aus der durch die Nichtleistung verschuldeten Nichterfüllung des Vertrages herzuleiten. Der Schadensersatz, das Surrogat der Erfüllung, tritt an die Stelle der Erfüllung. Die Frage, was aus der Gegenleistungspflicht des schuldlosen Teiles wird, ist aus der Natur des gegenseitigen Vertrages zu beant-

16. A. M. Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 97.

worten. Im Falle der von keinem Teile zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung des einen Teils verliert dieser den Anspruch auf die Gegenleistung, § 323 B.G.B. Dem Wesen des gegenseitigen Vertrages entspricht es, dass, wenn der eine Teil von seiner Leistungspflicht frei wird — und das ist nach dem für Schuldverhältnisse allgemein geltenden § 275 Abs. 1 B.G.B. der Fall — auch der andere Teil von den Vertragspflichten dauernd befreit wurde.

Wenn der Leistungsschuldner nun schon bei unverschuldeter Nichtleistung den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, so muss dies mit noch grösserer Berechtigung bei der von ihm verschuldeten Nichtleistung gelten. Es würde sonst der dem Recht offenbar widersprechende Zustand eintreten, dass der Schuldner bei seinem Verschulden mehr Rechte hat als ohne dieses. Man wird daher mit Schöller [17] in dem Absatz 1 des § 323 lediglich den Ausfluss des im gegenseitigen Vertrage liegenden Prinzips der Abhängigkeit der Leistungen sehen dürfen. An die Stelle der Erfüllung d. h. der gegenseitigen Vertragsleistungen tritt, weil der Wegfall der einen Leistung zugleich den der anderen bedingt, jetzt der einseitige Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. [18] Der Gläubiger kann jetzt, natürlich unbeschadet seines Rechts, gegen Schadensersatz wegen Nichtleistung zu erfüllen, den Anspruch des schuldigen Teils auf Leistung ohne weiteres ab-

17. Schöller Bd. 44 S. 614 f.

18. Staub 1900, Exkurs z. § 374 Anm. 21. Ein Beweis gegen diese Ansicht wird nicht aus § 463 hergeleitet werden dürfen. Dort liegt nicht gänzliche Nichterfüllung, sondern nur teilweise Nichterfüllung vor. Der Schadensersatz tritt daher dort neben die Erfüllung, nicht an deren Stelle. S. Staub § 377 Anm. 80. R. d. O.L.G Bd. IV S. 19. Schöller Bd. 46 S. 17 und die dort Genannten.

lehnen; denn der Verlust des Gegenleistungsanspruchs auf Seiten des Schuldners bedeutet zugleich das Erlöschen der Pflicht auf Seiten des Gläubigers. Aus den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Kontrahenten ist lediglich ein Recht des nichtschuldigen Teiles geworden. Und zwar ist dieser berechtigt, seinen durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden abstrakt oder konkret zu liquidieren.[19]

Für diese aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages hergeleitete und durch das Gesetz gestützte Auffassung spricht auch ein formelles Moment. Das Gesetzbuch hat überall da, wo es in Abweichung von dem in § 323 niedergelegten Prinzip die Gegenleistungspflicht trotz Wegfalls der Leistungspflicht bestehen lässt, dies stets ausdrücklich hervorgehoben, so in §§ 323 Abs. 2, 324. Abs. 1 S. 1, 325 Abs. 1 S. 3. Welchen Grund sollte es, wenn es die gegnerische Auffassung teilte, gehabt haben, dies nicht auch hier zu thun?

Der dritte, dem schuldlosen Gläubiger zur Wahl gestellte Rechtsbehelf schliesst die in § 323 bestimmten Rechte ein. Die Anhänger der hier bekämpften Ansicht sind dadurch, dass sie einen mit dem Eintritt der verschuldeten Unmöglichkeit kraft Rechtens sich vollziehenden Wegfall der Gegenleistungspflicht leugnen, dazu gedrängt worden, § 325 Abs. 1 S. 3 dahin auszulegen, dass hier die Wirkung des § 323 Abs. 1 nicht wie bei der unverschuldeten Unmöglichkeit ipso iure, sondern erst durch eine darauf gerichtete Willenserklärung eintrete. In dem Rechte, diese Aufhebungserklärung abzugeben, bestehe die dritte Befugnis des

19. Staub Exkurs z. § 374 Anm. 26 ff. R. d. O.L.G. Bd. IV S. 16 ff.

Gläubigers.[20] Dies widerspricht indes, abgesehen von der hierin liegenden Willkür der Interpretation, dem in § 323 ausgesprochenen Grundsatze vollkommen. Zu welchem unbefriedigenden Ergebnis die gegnerische Ansicht führt, beweist folgendes im Sinne dieser Ansicht gehaltene Beispiel: Klagt im Falle des § 323 der Leistungsschuldner auf die Gegenleistung, so muss der Richter, wenn sich die Unmöglichkeit der Leistung aus dem mündlichen Vorbringen ergiebt, selbst bei Versäumnis des Gläubigers die Klage abweisen;[21] er muss dagegen im Falle des § 325 den säumigen Gläubiger verurteilen, wenn dieser die Aufhebungserklärung nicht abgegeben hat.[22] Ferner weist Schöller mit Recht darauf hin, dass, wenn die Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 323 im Falle des § 325 erst durch Willenserklärung hervorgerufen werden sollte, es dem Richter meist unmöglich sein werde zu erkennen, ob Rücktritt oder Aufhebung im Sinne des § 325 Abs. 1 S. 3 gewollt sei.[23] — Dagegen erklärt sich die Beziehung auf die Rechte des § 323 nach unserer Ansicht ungezwungen dahin: Der Leistungsgläubiger ist naturgemäss befugt, sich auf die schon im Falle der unverschuldeten Unmöglichkeit gegebenen Rechte zu beschränken, d. h. auf Schadensersatz und Rücktrittsrecht zu verzichten.[24] Wenn nun § 325 Abs. 1, S. 3 von einer „Geltendmachung" der in § 323 bestimmten Rechte spricht, so sind unter diesen Rechten, wofür auch die Fassung des § 323 spricht, nicht das in dem kritischen Zeitpunkt bereits kraft Rechtens entstandene Recht der Weigerung der Gegenleistung.

20. Kleineidam S. 148.
21. § 323 Abs. 1 B.G.B.
22. Schöller, Bd. 45 S. 524 Anm. 17.
23. Schöller Bd. 45 S. 526.
24. Schöller Bd. 44 S. 638, Bd. 45 S. 525.

sondern die Rechte der Abs. 2 und 3 des § 323 zu verstehen. Für die „Geltendmachung" dieser Rechte bedarf es allerdings einer Willenserklärung, denn einer solchen bedarf es ja auch im Falle des § 323. Sie ist im Falle des Abs. 2 notwendig zur Beseitigung des Schwebezustandes, der nach § 323 Abs. 1 entsteht.[25] Die Aufhebung der gegenseitigen Leistungspflicht nach Abs. 1 ist nämlich keine definitive, so lange sich der Gläubiger nicht erklärt hat, ob er den Ersatzanspruch geltend mache; sie ist vielmehr durch die Nichtausübung des Ersatzanspruchs resolutiv bedingt. Macht der Gläubiger den Ersatzanspruch geltend, dann wird die Wirkung des Abs. 1 rückwärts aufgehoben und es „bleibt" beim Vertrage, nur dass an die Stelle der Vertragsleistung des Schuldners der Ersatz tritt und dass sich bei einem Minderwert des Ersatzes gegenüber der Gegenleistung diese entsprechend mindert. Der Leistungsgläubiger darf, wenn er das Recht aus § 323 Abs. 2 wählt, den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht geltend machen. Denn jenes Recht steht ihm nur „statt" des Schadensersatzanspruchs oder des Rücktrittsrechts zu. Dagegen wird man ihm auch neben dem Schadensersatzanspruch das Recht auf den Ersatz nach Massgabe des § 281 Abs. 2 zusprechen müssen.[26]

Das Recht aus § 323 Abs. 3 ist für beide Fälle, für den der Aufhebung wie der Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht gewährt, ersterenfalls dann, wenn die Gegenleistung ganz oder teilweise schon vor Eintritt der Unmöglichkeit bewirkt worden war, letzterenfalls dann, wenn die vor Geltendmachung des Ersatz-

25. Schöller Bd. 45 S. 527. Kleineidam S. 138 f., Kisch S. 217 ff.

26. Planck, § 325 Anm. 1, c. Kisch S. 151. Kleineidam S. 148.

anspruchs hingegebene Gegenleistung den Wert des Ersatzes übersteigt.

Die bisherige Betrachtung ging von der Voraussetzung aus, dass die ganze dem Schuldner obliegende Leistung durch sein Verschulden unmöglich geworden ist. Liegt nur in Ansehung eines Teiles verschuldete Unmöglichkeit vor,[27] während der übrige Teil geleistet werden kann, so stehen nach § 325 Abs. 1 S. 2 die vorher genannten Rechte dem Leistungsgläubiger nur zu, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat. Denn dann wird es so anzusehen sein, als ob die gänzliche Leistung unmöglich wäre. Aus dieser Vorschrift geht hervor, dass, wenn Interesse für die teilweise Erfüllung noch vorhanden ist oder wenn das mangelnde Interesse nicht bewiesen wird, die Rechte aus § 325 dem Gläubiger entsprechend nur für den unmöglich gewordenen Teil zustehen, während es bezüglich des möglichen Teiles bei der Naturalerfüllung bleibt.[28] Die Anwendung der Regeln für die völlige Unmöglichkeit auf diesen Fall wird im allgemeinen ohne Schwierigkeiten abgehen: nur das Rücktrittsrecht wird sich naturgemäss nur dann auf den unmöglich gewordenen Teil der Vertragserfüllung beschränken lassen, wenn eine Teilung des Vertrages zulässig erscheint.[29]

---

27. Ueber den Begriff „teilweise Nichterfüllung" s. Schöller Bd. 45, S. 538 ff.

28. Planck § 325 Anm. 3, a—c. Goldmann-Lilienthal S. 378.

29. Kisch S. 184; ferner unten § 8. Es tritt übrigens hier wieder ein Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung hervor. Diese ist im Falle des § 542 schon bei teilweiser Nichterfüllung ohne weiteres gegeben, im Falle des Rücktritts vom ganzen Vertrage müsste erst das mangelnde Interesse bewiesen werden. Kisch S. 196.

Nach dem Vorhergesagten dürfte sich das Rücktrittsrecht und sein Verhältnis zu den anderen Befugnissen aus § 325 wie folgt gestalten:

Da die Aufhebung der Leistungspflicht des Gläubigers sich kraft Rechtens mit dem Eintritt der Unmöglichkeit vollzieht, diese Wirkung aber im Ergebnisse einer Aufhebung des Vertrages gleichkommt, so wird die Ausübung des Rücktrittsrechtes diesen Effekt, da er bereits vorhanden, nicht mehr hervorrufen können. Sie wird vielmehr lediglich einen Verzicht auf Schadensersatz und Ersatzanspruch im Sinne des § 323 Abs. 2 und ferner die Geltendmachung der strengeren Haftungsgrundsätze der §§ 346 ff im Gegensatz zu denen des § 323 Abs. 3 bedeuten. In diesen Wirkungen offenbart sich zugleich auch der Unterschied zwischen dem Rücktrittsrecht und den Rechten aus § 323. Während beim Rücktritt der Vertrag endgültig aufgehoben, und darum jeder auf dem Vertrage basierende Anspruch ausgeschlossen ist, ist dem Gläubiger, der sich auf Befreiung von der Gegenleistungspflicht gemäss § 323 Abs. 1 beruft, die Möglichkeit der Geltendmachung des Ersatzanspruchs unter Aufrechterhaltung seiner eigenen Leistungspflicht offen gehalten. Der bis zur Erhebung des Ersatzanspruchs oder bis zum ausdrücklichen Verzicht auf denselben bestehende Schwebezustand ist beim Rücktritt undenkbar; hier wird durch die Rücktrittserklärung die Rückkehr zum Vertrage abgeschnitten. Der Ansicht Kleineidams[30], dass die dritte Befuguis des § 325, die in § 323 bestimmten Rechte, im Grunde nur als ein „beschränktes gesetzliches Rücktrittsrecht“ sich dar-

30. Kleineidam S. 151 f. S. auch Titze S. 184 ff. Kisch S. 150, 158.

stellt, kann darum nicht beigetreten werden. Sie erklärt sich aus der oben gekennzeichneten irrigen Annahme, dass die bei unverschuldeter Unmöglichkeit kraft Rechtens erfolgende Aufhebung der Leistungspflicht im Falle der verschuldeten Unmöglichkeit erst durch eine darauf gerichtete Willenserklärung eintrete. Nach unserer Auffassung kann aus § 323 Abs. 1 überhaupt nicht ein besonderes „Recht" entnommen werden. Das Verweigerungsrecht des Leistungsgläubigers stellt sich vielmehr lediglich als die prozessuale Seite der Befreiung von der Gegenleistungspflicht dar. Die Rechte aus § 323 im Sinne des § 325 Abs. 1 S. 3 umfassen danach das „Recht" aus § 323 Abs. 1 nicht; es kommen nur die Rechte aus Abs. 2 und 3 als solche in Betracht. Von einer Verwandtschaft zwischen diesen Rechten und dem Rücktritt kann von dem hier dargelegten Standpunkte aus, der ein durch § 325 Abs. 1 S. 3 statuiertes „Aufhebungsrecht" leugnet, nicht gesprochen werden. Der Rücktritt steht zum Ersatzanspruch insofern in Gegensatz, als er dem Vertrage den Boden entzieht, während jener dem Vertrage den durch die Aufhebung des § 323 Abs. 1 genommenen Boden wiedergiebt, m. a. W. ein Anspruch aus dem bestehenden Vertrage ist. Das Recht des § 323 Abs. 3 kann zum Rücktritt nicht gut in Beziehung gesetzt werden; das Rücktrittsrecht bildet eine selbständige Befugnis, jenes ist nur die Konsequenz eines gewissen Rechtszustandes.

Das Recht aus § 323, Abs. 2 wird für den Gläubiger besonders dann von Wert sein, wenn die Ausübung des Rücktrittsrechts seinen Interessen nicht entspricht, er aber auch nicht imstande ist, seinen Schaden zum Zwecke der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zu beweisen, oder wenn das

Rücktrittsrecht aus später zu erörternden Gründen ausgeschlossen ist und andererseits der Schadensersatzanspruch den Interessen des Gläubigers nicht dienen würde[31].

Dass der Rücktritt als Aufhebungsakt in strengstem Gegensatz zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht, der ein Anspruch aus dem Vertrage ist, ist oben bereits des Näheren ausgeführt. Hier ergeben sich noch folgende Unterschiede: Das Rücktrittsrecht ist nicht ein Anspruch, d. h. ein Recht, von einem anderen ein Thun und Unterlassen zu fordern, es enthält vielmehr lediglich die Befugnis zur Rücktrittserklärung[32]; das ist aber eine blosse facultas, kein nomen, eine Berechtigung, der keine Verpflichtung gegenüber steht. Dagegen ist das Schadensersatzrecht ein Anspruch im Sinne des Gesetzes. Darum ist im Gegensatz zu diesem das Rücktrittsrecht unverjährbar und kann durch Bürgschaft oder Pfand nicht gesichert werden[33]. Das Rücktrittsrecht soll den Zustand herbeiführen, der bestünde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, die Geltendmachung des Schadensersatzrechtes soll dagegen dem nichtschuldigen Teile den Vermögensvorteil verschaffen, um den er durch die Nichterfüllung des Vertrages geschädigt worden ist[34]. Der aus dem Rücktritt entspringende Anspruch geht, wenn der Gläubiger bereits geleistet hat, auf Rückgabe seiner eigenen Leistung, das Schadensersatzrecht ist der Anspruch auf eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners. Der letztere Anspruch

---

31. Oertmann § 325 Anm. 1, c.
32. Oertmann, Vorbem. z. § 346 Anm. 3. Kisch S. 136.
33. §§ 194. 765, 1204 B.G.B. Kisch S. 136.
34. Kisch S. 149 f.

geht immer auf Geld; es braucht auch im Falle subjektiver Unmöglichkeit nicht erst auf die Naturalleistung gemäss § 249 geklagt zu werden, um dann erst nach Massgabe des § 325, Abs. 2 bezw. § 283 den Schadensersatz in Geld zu erlangen, ebensowenig braucht der Gläubiger zur Erlangung des Geldersatzes nach § 250 eine Frist zur Naturalerfüllung zu setzen; denn der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist eben nicht ein Anspruch auf Erfüllung, sodern ein Anspruch wegen Nichterfüllung[35]. Der Rücktritt dagegen bewirkt allgemein die Rückgabepflicht bezüglich der Vertragsleistung, kann also auf Geld wie auf jede andere Sache gerichtet sein.

Es ist nun u. a. von Kisch[36] das Bedenken ausgesprochen worden, die Ansicht, dass der Schadensersatz an die Stelle der Vertragserfüllung trete, führe im Ergebnis dazu, „Schadensersatz und Rücktritt nebeneinander zu gewähren, was dem Standpunkte des § 325 B.G.B. offenbar widerspräche". Abgesehen davon, dass die Natur des gegenseitigen Vertrages zu der hier gezogenen Konsequenz zwingt, besteht doch zwischen den Fällen des Rücktritts und des Schadensersatzes auch nach dieser Richtung ein Gegensatz, insofern als der Rücktritt den Gläubiger berechtigt, seine ganz oder teilweise bewirkte Leistung zurückzufordern, während der Schadensersatz ein solches Rückforderungsrecht nicht begründet. Beim Schadensersatz gilt derjenige Zustand als massgebend, der im Momente der Unmöglichkeit besteht[37]. Ein Verpflichtungsgrund des Schuldners

35. Schöller Bd. 44 S. 607, Bd. 45 S. 530; vgl. auch H.G.B. § 376 Abs. 1. A. M. die bei Schöller Genannten und Kisch S. 122 ff.

36. Kisch S. 132 Anm. 24. Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 106 ff., insbes. 116 f., 127.

37. Vgl. E. I, § 377 Abs. 2 S. 1.

zur Rückgabe des bereits Empfangenen ist nicht ersichtlich. Es erscheint unzulässig, folgendermassen zu argumentieren: der Schadensersatz tritt an die Stelle der beiderseitigen Erfüllung, der Schuldner besitzt mithin sine causa und ist darnach zur Rückgabe gemäss den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Was der Schuldner von der Gegenleistung besitzt, besitzt er auf Grund des Vertrages und dieser Vertrag ist auch jetzt noch rechtswirksam[38]. Der Gläubiger wird das bereits Geleistete demnach nur bei der Berechnung des Schadensersatzes berücksichtigen können. Die Behauptung von Kisch in Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 117 ff., dass nach der hier vertretenen Auffassung ein Bedürfnis für den Rücktritt nicht vorhanden sei, dass vielmehr ein vernünftiger Gläubiger immer nur den Schadensersatz wählen werde, dürfte durch das Vorhergesagte widerlegt sein. Der Gläubiger wird immer zurücktreten, wenn sein Interesse die Wiedererlangung der geleisteten Sache gebietet. Hat er noch nicht geleistet, so wird er allerdings durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs Gläubiger hinsichtlich des Schadensersatzes, nachdem er schon mit dem Eintritt der Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit worden ist; insofern liegt im Schadensersatz dem Ergebnis nach mitunter eine Vereinigung der Wirkungen von Schadensersatz und Rücktritt.[39]

Der Gläubiger ist im Interesse des Schuldners auf eines der im § 325 gegebenen Rechte beschränkt; ihre Kumulierung würde sich aus ihrer Wesens-

---

38. Staub, Exkurs z. § 374 Anm. 21. Cosack Bd. I S. 336 f. Vgl. auch Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 86. A. M. Schöller, Bd. 44 S. 630 ff., Bd. 45 S. 523 Anm. 14.

39. Schöller Bd. 45 S. 519.

verschiedenheit verbieten. Zwischen den einzelnen Rechten aber kann der Gläubiger das wählen, das seinem Interesse am meisten entspricht. Ueber die Ausübung des Wahlrechts herrscht ebenfalls allenthalben grosser Streit.[40] Das Gesetz hat über den Zeitpunkt des Erlöschens des Wahlrechts keine Bestimmung getroffen. Es läge nun nahe, auf das Wahlrecht des Gläubigers die Regeln über die Wahlschuld[41] für anwendbar zu halten. Indes diese Regeln gelten nur für Ansprüche im Sinne des Gesetzes. Zu diesen gehört aber das Rücktrittsrecht nicht.[42] Es wird sich deshalb die Konzentration des Rechtsverhältnisses auf eines der Rechte nach allgemeinen Grundsätzen vollziehen. Zunächst wird also der Satz gelten müssen, dass die auf eines der Rechte gerichtete Willenserklärung des Gläubigers unwiderruflich ist; denn diese Eigenschaft hat eine Willenserklärung immer, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich das Gegenteil bestimmt.[43] Nur dann, wenn die Erklärung in Unkenntnis des Wahlrechts abgegeben sein sollte, wird sie widerruflich sein. Die Bedenken, die Titze[44] gegen die Unwiderruflichkeit äussert, sind rein exceptioneller Art; sie können darum die Notwendigkeit einer Ausnahme von dem Prinzip der Unwiderruflichkeit nicht darlegen. Nicht das ius variandi, sondern

40. Planck § 325 Anm. 2. Kleineidam S. 150 ff., Kisch S. 153 ff., Titze S. 156 ff., 192 ff. Gegen diese Schöller Bd. 45 S. 524 ff., Windscheid Bd. II S. 309 ff., Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 379.

41. § 262 ff. B.G.B.

42. S. auch Kleineidam S. 150 f., Schöller Bd. 45 S. 528 Anm. 21.

43. So auch Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 379, Kisch S. 158 f., Petri S. 75 f.

44. Titze S. 192 Anm. 58.

nur die Unwiderruflichkeit werden klare Rechtsverhältnisse schaffen. Der Billigkeit ist durch das Wahlrecht genügend Rechnung getragen. Erklärt der Gläubiger den Rücktritt, so hat er damit jeden Vertragsanspruch verloren. Macht er keines der Rechte geltend, so kann der Schuldner ihm zur Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist setzen;[45] nach deren fruchtlosem Ablauf steht ihm das Rücktrittsrecht nicht mehr zu, er ist dann auf den Schadensersatzanspruch und die Rechte aus § 323 beschränkt. Beide Rechtsbehelfe kann er an sich zeitlich unbeschränkt ausüben: der Schuldner wird sich nur dadurch Gewissheit schaffen können, dass er den Gläubiger auf die Gegenleistung verklagt und ihn so zu einer bestimmten Erklärung veranlasst.[46] Allerdings kann eine Verurteilung des Gläubigers, wenn er diese Erklärung weigert, ja selbst bei seiner Versäumnis nicht erfolgen, weil die Befreiung von der Gegenleistungspflicht schon ipso iure eingetreten ist. Die Unzulässigkeit des Ausschlusses des Schadensersatzanspruchs durch den Schuldner erleidet allerdings insofern für die teilweise Unmöglichkeit eine Ausnahme, als in § 325 Abs. 1 S. 2 auf § 280 Abs. 2, mithin auf die Vorschriften des Rücktrittsrechts Bezug genommen ist. In diesem Falle wird daher eine Fristbestimmung gemäss § 355 auch für den Schadensersatzanspruch gestattet sein, die der Schuldner dann mit der für den Rücktritt etwa gesetzten Frist verbinden kann.[47] Gehen dann durch den Fristablauf beide Rechte verloren, so ist der Gläubiger auf die Rechte aus § 323 und den Schadensersatzanspruch aus § 280 angewiesen. Ferner wird

45. §§ 327, 355 B.G.B.

46. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 379.

47. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 383, 385, Windscheid Bd. II S. 311.

man dem Schuldner aus Billigkeitsrücksichten die Befugnis zuerkennen müssen, den Ersatzanspruch des Gläubigers durch Setzung einer angemessenen Frist nach Art des § 355 auszuschliessen. Es würde sonst eine Beendigung des Schwebezustandes, wie er bis zur Entscheidung des Gläubigers über den Ersatzanspruch besteht, nicht herbeizuführen sein und der Schuldner wäre auf Jahre hinaus gezwungen, sich der Verfügung über den Ersatz zu enthalten und die Gegenleistung zu einer Zeit anzunehmen, zu der er für sie keine Verwendung hätte. Ein solcher Zustand der Rechtsunsicherheit kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen.[48] Die Fristsetzung wird allerdings da unnötig sein, wo der Gläubiger durch die unverhältnismässig späte Geltendmachung den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderhandeln würde. Denn man wird § 242 auf jede Vertragspartie anwenden dürfen.[49]

Für die Beweislast wird zu gelten haben, dass, wenn der Gläubiger den Schadensersatzanspruch erhebt, er die Unmöglichkeit und den eingetretenen Schaden beweisen muss. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts oder der Rechte aus § 323 genügt der Beweis der Unmöglichkeit. Des Nachweises der Verschuldung des Schuldners ist der Gläubiger für den Fall des Rücktritts- und des Schadensersatzrechts durch § 282, der dem Schuldner die Exkulpationspflicht auferlegt, enthoben: für die Geltendmachung der Rechte aus § 323 ist dieser Beweis entbehrlich, weil hier schon unverschuldete Unmöglichkeit genügt.

---

48. Schöller Bd. 45 S. 527 f. Aehnlich Kleineidam S. 152 für das „Aufhebungsrecht".

49. Fischer-Henle § 242 Anm. 2.

bb) wegen fiktiver Unmöglichkeit.

§ 6.

Das Rücktrittsrecht steht dem Gläubiger neben den Rechten aus § 283 zu — und zwar wieder in elektiver Konkurrenz mit dem Schadensersatzanspruch und den Rechten aus § 323 —, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung rechtskräftig verurteilt ist und er die ihm vom Gläubiger unter Androhung der nachmaligen Ablehnung gesetzte Frist zur Erfüllung fruchtlos vorübergehen lässt.[1] Bei teilweiser Nichterfüllung ist er, wenn er nicht das mangelnde Interesse beweist, auf die teilweise Ausübung der Rechte beschränkt. Für das teilweise Rücktrittsrecht gilt dann das im vorigen Paragraphen Gesagte. Um dem Gläubiger die möglichst rasche Verwirklichung dieser seiner Rechte zu ermöglichen, ist durch die Novelle zur Civilprozessordnung der § 255 in die letztere eingestellt worden, kraft dessen der Gläubiger in dem vorliegenden Falle die Fristbestimmung schon im Urteile verlangen kann.[2]

Ohne die Bestimmung des § 325 Abs. 2 müsste der Leistungsgläubiger durch Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils Befriedigung seines Anspruchs suchen, um diese ganz oder teilweise zu finden oder die Unmöglichkeit der Erfüllung zu erkennen. Erst dann könnte er nach § 325 Abs. 1 vom Vertrage zurück-

1. § 325 Abs. 2 B.G.B., s. auch § 893 C.P.O.

2. Begründung d. Entw. eines Gesetzes betr. Aenderungen der C.P.O. S. 41. — Die Vorschrift stand ursprünglich in § 239 des Entw. II zum B.G.B., ist aber später mit Rücksicht auf ihre prozessuale Natur in die C.P.O. gesetzt worden. Vgl. auch über die Fassung der Urteilsformel: Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 379 Anm. 25. Gegen die Zweckmässigkeit der Vorschrift wendet sich, m. E. zu Unrecht, Staub 1900, Exkurs zu § 374 Anm. 31.

treten. Es wird sich jedoch für den Gläubiger, nachdem er mit seiner Klage durchgedrungen ist und das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, oft die Aussichtslosigkeit der Zwangsvollstreckung oder die Nutzlosigkeit der nach einem bestimmten Zeitpunkt erfolgenden Erfüllung herausstellen. Darum soll der Gläubiger grundsätzlich nicht erst auf den prozessualen Weg der Vollstreckung angewiesen sein, sondern er soll die Möglichkeit haben, mit dem fruchtlosen Ablauf einer von ihm gesetzten angemessenen Frist ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Es greift dann gewissermassen die Fiktion — darum fiktive Unmöglichkeit — Platz, dass die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei, ohne dass es indes auf die wirkliche Unmöglichkeit ankommt. Auch im Falle der wirklichen Unmöglichkeit wird — und insofern ist der Ausdruck „fiktive Unmöglichkeit" zu eng — das Mittel des § 283 dem Gläubiger eine erwünschte Handhabe zur bequemen Durchführung seiner Rechte sein.[3] Denn der Beweis der Unmöglichkeit, den er im Falle des § 325 Abs. 1 zu führen hat, wird oft nicht leicht sein; die Vorschrift des § 325 Abs. 2 befreit ihn von der lästigen Beweispflicht und giebt ihm nach Erfüllung der notwendigen Erfordernisse und Ablauf der Frist ohne weiteres die Rechte des § 325 Abs. 1. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ausgeschlossen.[4] Damit ist aber entsprechend der Natur des gegenseitigen Vertrages auch seine Leistungspflicht weggefallen. Es besteht also mit dem Fristablauf auf keiner Seite eine Naturalleistungspflicht,

3. Titze S. 146 f., 190 f. Kisch S. 124 ff.
4. § 283 Abs. 1 S. 2.

d. h. die Erfüllung ist ausgeschlossen.[5] Die Rechtslage ist demnach die gleiche wie bei der verschuldeten Unmöglichkeit, nur dass nicht der Zeitpunkt der Unmöglichkeit, sondern der dess Fristablaufs den beiderseitigen Erfüllungsanspruch aufhebt. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz, so tritt dieser an die Stelle der Vertragserfüllung, als Schadensersatz wegen „Nichterfüllung." Wählt er den Rücktritt, so erklärt er damit den Willen, die ipso iure erfolgte Aufhebung der Leistungspflichten aufrecht zu erhalten und auf jeglichen Ersatz zu verzichten. Macht er das Recht aus § 323 Abs. 2 geltend, so werden der Vertrag bezw. die Leistungspflichten bis zur Höhe des Werts des Ersatzes als von Anfang an bestehend angesehen; der Gläubiger „bleibt" zur Gegenleistung verpflichtet. Uebt er das Recht nicht aus, so sind die Leistungspflichten ex tunc erloschen.

Im übrigen gilt für den Rücktritt, sein Verhältnis zu den übrigen Rechten aus § 325 Abs. 2 und das Wahlrecht zwischen ihnen das in § 5 Ausgeführte.

Aus § 283 ergiebt sich jedoch die Modifikation, dass der Schadensersatzanspruch cessiert, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Wenn man diesen Satz beim gegenseitigen Vertrage analog anwende, so müsse, so argumentiert Planck, mit dem Schadensersatzanspruch auch das Rücktrittsrecht fortfallen. Dem wird nicht beigetreten werden können. Es fehlt sowohl an einer ausdrücklichen Vorschrift als auch an einem inneren Grunde, die für den Schadensersatz geltende Vorschrift auch auf den Rücktritt auszudehnen. Es entspricht allerdings der Billig-

5. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 21, Schöller Bd. 44 S. 625, Bd. 45 S. 519 ff., 524.

keit, dass der Schuldner für den Schaden nur insoweit haften soll, als er ihn verschuldet hat, aber andererseits soll der Gläubiger, nachdem er dem rechtskräftig verurteilten Schuldner eine Frist zur Erfüllung vergeblich gesetzt hat, jetzt nicht noch länger an den Vertrag gebunden sein. Er behält also das in § 325 Abs. 2 gewährte Rücktrittsrecht.[6]

Das Rücktrittsrecht steht dem Gläubiger nur dann zu, wenn er sich auf den gegenseitigen Vertrag stützt. Beruft er sich lediglich auf § 283, so gilt er nur als Gläubiger aus einem einseitigen Schuldverhältnis, hat also kein Rücktrittsrecht.

cc) wegen Erfüllungsverzuges.

§ 7.

Das B.G.B. giebt dem Gläubiger im gegenseitigen Vertrage, vorbehaltlich der Rechte aus § 286, ein Rücktrittsrecht beim Schuldnerverzuge, und zwar wahlweise neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Gesetz schliesst mit der Gewährung dieses Rücktrittsrechtes die Entwicklung der Rücktrittslehre beim Verzuge ab.

Der erste Entwurf, der im allgemeinen noch stark von romanistischem Geiste erfüllt war, musste beim Verzuge mit dem gemeinrechtlichen Prinzip, bei mangelndem Interesse nur ein Zurückweisungsrecht zu geben, brechen. Er konnte sich den Forderungen der modernen Rechtsanschauungen nicht verschliessen und gewährte im Falle der verschuldeten teilweisen Unmöglichkeit und des Schuldnerverzuges ein Rücktrittsrecht, das er jedoch von dem Mangel des Interesses

6. So auch Titze S. 191. A. M. Planck § 325 Anm. 4, § 327.

abhängig machte.[1] Der zweite Entwurf sah mit Recht in dem Zwange, das mangelnde Interesse zu beweisen, eine Massregel, die nur der Schnelligkeit und Intensität unseres Verkehrslebens die Flügel gebunden hätte. Ausserdem musste jenes Prinzip des 1. Entwurfs durch zahlreiche Ausnahmen bei den meisten gegenseitigen Verträgen bis auf Kauf und Tausch durchbrochen werden, verdiente also nicht, als Prinzip aufrecht erhalten zu werden;[2] vor allem aber zeigte es seine Unzulänglichkeit beim Kauf und Tausch, indem gerade bei diesen so häufigen Rechtsgeschäften ein Interesse an der Gegenleistung fast immer noch vorhanden oder wenigstens das Nichtvorhandensein des Interesses schwer zu beweisen ist, der Rücktritt also auf Grund des Verzuges darum nicht möglich gewesen wäre. Der Gläubiger wäre also gerade bei diesen Geschäften, deren möglichst schnelle Abwicklung für den einzelnen wie für das gesamte Verkehrsleben von hervorragender Wichtigkeit ist, auf den Rechtsstreit angewiesen, um dann nach Rechtskraft des Urteils und Fristsetzung auf Grund des § 325 Abs. 2 endlich den Rücktritt vom Vertrage zu erreichen, der jetzt vielleicht dadurch, dass schon andere Gläubiger inzwischen beim Schuldner die empfangene Sache gepfändet haben, ganz illusorisch sein könnte. Besonders auch in den Fällen, wo der prozessuale Weg zur Erlangung der Vertragsleistung wegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nutzlos erschienen wäre, hätte das Prinzip seine Härte und zugleich seine Schwäche bewiesen, indem es das umständliche, für den Gläubiger durch die Verzögerung höchst nachteilige Verfahren des § 325 Abs. 2 nur zu dem Zwecke erforderlich gemacht hätte, um auf Grund

1. E. I § 369.
2. Hoffmann S. 26. Schöller Bd. 44 S. 618.

des rechtskräftigen Urteils das Rücktrittsrecht ausüben zu können. Damit hätte also von dem Gläubiger der ideale Zweck des Rechtsstreits, die Rechtsverwirklichung, in Voraussicht der Nutzlosigkeit von vornherein aufgegeben und das rechtskräftige Urteil zu einem seiner Bestimmung nicht entsprechenden Zwecke, nämlich ausschliesslich zur Erlangung des Rücktrittsrechts, erstritten werden müssen.[3] Das Verkehrsleben hätte unter jener Beschränkung, den Rücktritt von dem Beweis des mangelnden Interesses abhängig zu machen, oder ihn gar erst durch den umständlichen Weg des Urteils zu erreichen, schwer gelitten. Von solchen Gesichtspunkten geleitet, verliess der zweite Entwurf diesen legislativ bedenklichen Standpunkt und gab das Rücktrittsrecht im Anschluss an die für den Kauf geltenden Vorschriften des A.D.H.G.B. schon nach Setzung einer Frist.[4] Die blosse Thatsache des Verzuges sollte — und darin liegt eine wohlwollende Rücksicht auf den Schuldner — regelmässig noch kein Recht zum Rücktritt geben, aber der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist sollte den Gläubiger von der Vertragsgebundenheit befreien, denn sein Interesse an der Erfüllung — so wird man vom Standpunkte des Gläubigers annehmen müssen — hat mit dem Ablauf der Frist aufgehört. Durch die Möglichkeit, beim Vorliegen des Erfüllungsverzuges selbst zu bestimmen, wann sein Interesse die Lösung des Vertrages fordert, ohne den Mangel des Interesses beweisen zu müssen, kommt der Gläubiger in eine freiere Stellung und wird dadurch eher zum Abschluss

3. Anders liegt der Fall in § 325 Abs. 2, wo der Weg des § 283 immer eine Erleichterung für den Gläubiger bedeutet.

4. Denkschrift zum B.G.B. S. 49. A. D. H. G. B. Art. 354, 356.

von Geschäften geneigt sein;[5] andererseits wird aber dem Schuldner durch die Frist genügende Gelegenheit gegeben, durch Nachleistung den Folgen des Verzuges auszuweichen.

Das B.G.B. hat sich der Regelung des zweiten Entwurfs angeschlossen:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene[6] Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen."[7] Aus diesem letzten Halbsatz ist wiederum wie im Falle des § 325 Abs. 2 die Konsequenz zu ziehen, dass mit dem Fristablauf, der den Anspruch des Gläubigers zum Erlöschen bringt, auch der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung ausgeschlossen ist. Denn man wird den in § 323 ausgesprochenen, für den Bereich der gegenseitigen Verträge allgemein gültigen Satz auch hier anwenden müssen. Die dauernde Befreiung des Schuldners ruft notwendig auch die dauernde Befreiung des Gläubigers hervor.[8] Damit ist durch das Gesetz vom Zeitpunkt des Fristablaufs an eine

5. Gutachten S. 118 f.

6. Ist die Frist nicht angemessen, so ist sie unwirksam, nicht etwa verlängert sie sich selbst, bis sie angemessen ist. Planck § 250, Emerich S. 72; a. M. Cosack Bd. I S. 346 Anm. 25.

7. B.G.B. § 326 S. 1 und 2.

8. Hahn Bd. VI S. 372 f. Schöller Bd. 44 S. 615. R. d. O.L.G. Bd. IV S. 16 ff., 224.

„rechtliche Unmöglichkeit“ der Erfüllung geschaffen, die wie auch sonst der thatsächlichen vollkommen gleich steht. Die gleiche Rechtslage haben wir oben bei der fiktiven Unmöglichkeit angetroffen; der Gläubiger führt durch die fruchtlose Frist trotz thatsächlicher Möglichkeit der Leistung des Schuldners die rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung herbei. Der Schadensersatz tritt also, wenn der Gläubiger ihn wählt, an die Stelle der Erfüllung, nicht der Leistung. Dafür spricht hier beim Verzuge ein weiteres, schwerwiegendes gesetzliches Argument. § 326 Abs. 2 bestimmt: „Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne dass es der Bestimmung einer Frist bedarf.“ Hat der Gläubiger also kein Interesse an der nachträglichen Erfüllung, so kann er die Rechte des § 326 Abs. 1 sofort geltend machen. Wählt er in diesem Falle Schadensersatz, so müsste er nach der gegnerischen Auffassung auch die Gegenleistung hingeben. Er soll also danach, wenn er kein Interesse an der Vertragserfüllung hat, Schadensersatz verlangen dürfen, wenn er aber Schadensersatz verlangt, erfüllen müssen. Das bedeutet einen Widerspruch in sich selbst.

Das hierin enthaltene Argument für unsere Ansicht wird natürlich mit um so grösserem Rechte von der teilweisen auf die gänzliche Nichterfüllung — a minore ad maius — übertragen werden dürfen.[9] Mit dem Fristablauf haben wir demnach beim Verzuge das gleiche Rechtsverhältnis wie bei verschuldeter und

9. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 22. Schöller Bd. 44 S. 622 ff. Gegen diese Auffassung wendet sich Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 91 ff. in wenig überzeugender Weise.

fiktiver Unmöglichkeit, nur dass naturgemäss die Rechte aus § 323,2 dem Gläubiger hier nicht zustehen; denn der Vertragsgegenstand ist ja hier nicht unmöglich geworden, ein Ersatz also undenkbar. Ein solcher wird übrigens auch in dem Falle des § 325 Abs. 2, wenn die Frist trotz thatsächlicher Leistungsmöglichkeit fruchtlos abgelaufen ist, nicht in Frage kommen, und die Beziehung auf die Rechte des § 325 Abs. 1 dementsprechend auf Schadensersatz, Rücktritt und das Recht aus § 323 Abs. 3 beschränkt werden müssen.

Zur Erlangung des Rücktrittsrechts und des Schadensersatzanspruchs bedarf es der Fristsetzung nicht erst, wenn der Gläubiger kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages hat; und zwar liegt mangelndes Interesse an der Erfüllung im allgemeinen nicht nur vor, wenn am Leistungsaustausch kein Interesse besteht, sondern auch schon, wenn die Leistung des Schuldners oder die Bewirkung der eigenen Leistung kein Interesse mehr hat.[10] Die Fristsetzung erfolgt ratione legis nur in dem Falle, dass dem Gläubiger die Erfüllung innerhalb der Frist noch erwünscht ist, kann also, wenn von Anfang an der Mangel seines Interesses feststeht, fortfallen. Die Frist wird ferner nicht gesetzt zu werden brauchen, wenn der Schuldner vor Fristsetzung dem Gläubiger erklärt, nicht erfüllen zu wollen. Der Gläubiger hat dann die Gewissheit, dass die Erwartung der Vertragserfüllung vergeblich ist, die Frist also nutzlos wäre.[11]

10. Schöller Bd. 44 S. 621.

11. Schöller Bd. 45 S. 516 Anm. 11. R. d. O.L.G. Bd. III S. 9. Bd. IV S. 16, Entscheidung des R.G. i. C. in der Jur. Wochschr. 1902 Beilage 9 S. 246, vgl. auch § 634 Abs. 2 B.G.B. A. M. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 75. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 382 Anm. 12, R. d. OLG. Bd. VI S. 14 f.

Es erhebt sich hier die Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn es zur Fristsetzung nicht kommt. Die Thatsache des Verzuges an sich übt auf die Gebundenheit der Parteien keinen Einfluss; der Anspruch auf Erfüllung bleibt trotz des Verzuges bestehen, das geht aus § 326 Absatz 1 arg. e contr. unzweifelhaft hervor. Der durch das Gesetz für den Fall der Fristsetzung bestimmte Moment des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs tritt aber hier mangels der Frist nicht ein. Darum wird man hier eine kraft Rechtens erfolgende Aufhebung der Leistungspflichten nicht annehmen können.[12] Dieselbe wird vielmehr erst durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung gegeben sein. Durch die Geltendmachung des letzteren wird der Anspruch auf Erfüllung und damit die gegenseitige Leistungspflicht ausgeschlossen sein. Durch die Rücktrittserklärung aber wird hier nicht nur der Verzicht auf jegliche Vertragsleistung ausgesprochen, sondern zugleich und an erster Stelle die Aufhebung des Vertrages herbeigeführt.

Diesen Fall scheint Schöller[13] übersehen zu haben, wenn er allgemein den Satz aufstellt, die Ausübung des in den §§ 325, 326 B.G.B. normierten Rücktrittsrechts bedeute lediglich einen ausdrücklichen Verzicht auf alle und jede Art von Vertragsleistung. Darum wird man nicht mit Schöller die Entbehrlichkeit des Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrage behaupten dürfen.[14]

12. Dies will Kisch vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus für zulässig erachten. Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 85.

13. Schöller Bd. 45 S. 526.

14. A. M. Schöller Bd. 44 S. 641, Bd. 45 S. 519. Ebenso mit anderer Begründung Kleineidam S. 149.

Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Absatz 1, S. 2 entsprechende Anwendung. Der Nichtsäumige kann also ausser dem neben der Erfüllung bestehenden Schadensersatzanspruche aus § 286 Absatz 1 den Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt vom ganzen Vertrage wählen. Als Voraussetzung gilt aber, dass er an der teilweisen Nichterfüllung kein Interesse hat. Diese Beschränkung ist zu Gunsten des Schuldners geschaffen und rechtfertigt sich daraus, dass in vielen Fällen die teilweise Erfüllung noch sehr wohl ein Interesse für den Gläubiger hat. Führt dieser den Nachweis des mangelnden Interesses nicht, so stehen ihm Schadensersatz und Rücktritt — letzterer nur unter der Voraussetzung der Teilbarkeit der gegnerischen Leistung — nur in Ansehung der verzögerten Vertragsleistung zu.

Der Rücktritt beim Verzuge entspricht ausser in dem Falle der fehlenden Fristsetzung völlig dem Rücktritt bei der Unmöglichkeit; er ist lediglich Verzicht auf irgend welche Vertragsleistung. Auch sein Verhältnis zum Schadensersatzanspruch bleibt dasselbe.

Das Wahlrecht zwischen beiden Rechten hört für den Gläubiger auf, sobald der Schuldner ihm gemäss § 355 eine Frist zur Ausübung gesetzt hat und der Gläubiger das Rücktrittsrecht wählt oder die Frist versäumt.[15] Im ersteren Falle ist der Rücktritt durch die unwiderrufliche Rücktrittserklärung vollzogen, im letzteren Falle ist er durch den Fristablauf präkludiert und der Gläubiger auf den Schadensersatzanspruch beschränkt.

---

15. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 95 f. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 383, 385.

Die Geltendmachung dieses Anspruchs wird, abgesehen von dem auf § 286 Absatz 2 Bezug nehmenden Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung nicht durch Fristsetzung ausgeschlossen werden dürfen; dafür findet sich im Gesetze keinerlei Anhalt. Indes wird auch hier einem Missbrauch dieses Rechts durch allzuspäte Ausübung mit Hülfe des § 242 entgegengetreten werden können.

Es braucht hier nur in Kürze darauf hingewiesen zu werden, dass, wenn der Gläubiger Schadensersatz aus § 286 fordert, er an den Vertrag gebunden bleibt.[16] Er fordert dann ausdrücklich ein Aequivalent für die ausgebliebene Leistung, nicht für die Erfüllung.

Im ersten Entwurf[17] war für den Fall des Fixgeschäftes bei nicht rechtzeitiger Erfüllung dem Gläubiger das Recht gewährt, vom Vertrage zurückzutreten. Es war also damit ein vierter Fall eines allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts statuiert. Im Bundesrat wurde jedoch diese Bestimmung gestrichen und im dritten Entwurfe der dem jetzigen § 361 des B.G.B. entsprechende § 351 geschaffen, wonach der Gläubiger beim Fixgeschäfte im Zweifel berechtigt sein soll, vom Vertrage zurückzutreten, wenn die Leistung nicht zur bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt. Es ist demnach aus dem ein Rücktrittsrecht normierenden Rechtssatze eine den Parteiwillen interpretierende Auslegungsregel geworden, indem die stillschweigende Rücktrittsabsicht der Kontrahenten für diesen Fall präsumiert wird. Ist eine solche Absicht nicht als vorhanden anzunehmen, dann erfolgt der Rücktritt nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der § 325, 326 B.G.B.

16. Schöller Bd. 44 S. 639 ff.
17. E. I § 361.

Das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäfte des B.G.B. ist demnach im Zweifel ein vertragsmässig vereinbartes.[18]

Das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht ist also, wie wir nunmehr dargelegt haben, nicht eine Folge der blossen Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages, sondern es wird dem Gläubiger in der Regel erst als Aequivalent für das Verschulden des anderen Teils gewährt. Darum darf in der Statuierung des gesetzlichen Rücktrittsrechts nicht eine ungebührlich harte, gegen den Schwachen gerichtete Massregel erblickt werden,[19] die nur eine Erhöhung der Macht des Gläubigers bedeute. Das B.G.B. ist vielmehr zu der Schaffung dieses Rechtsbehelfs als einer gegenüber dem Verschulden billigen und heute unentbehrlichen Befugnis durch die Verkehrsbedürfnisse unmittelbar gedrängt worden. Es zeigt mit seiner Gestaltung der Rücktrittslehre den früheren Rechtsepochen gegenüber den erheblichen Fortschritt, ein unter den genannten Voraussetzungen für alle gegenseitigen Verträge geltendes Rücktrittsrecht geschaffen zu haben, ohne andererseits den zwar vorbildlichen, indes zu weit gehenden und darum folgenschweren Satz des Code civil von der lex commissoria tacita zu übernehmen. Damit ist es zugleich über den Standbunkt des A.D.H.G.B., das den Rücktritt nur im Falle des Verzuges beim Kaufe kannte, hinausgekommen und hat sich so den allgemeinen Rechtsanschauungen und Lebensbedürfnissen glücklich angepasst. Es gewährt dem Gläubiger die ihm für seine

---

18. Emerich S. 56. Dagegen kennt das H.G.B. ein gesetzliches Rücktrittsrecht beim Fixgeschäfte. H.G.B § 376.

19. Petrazycki Bd. II S. 522.

Zwecke notwendigen Rechte, ohne andererseits den schuldlosen Gegner der Willkür des Gläubigers preiszugeben.

b) teilweiser Rücktritt.

§ 8.

Für alle Fälle des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrage ist auch die Frage zu stellen, die natürlich nur bei teilweiser Nichterfüllung Platz greift, ob ein teilweiser Rücktritt denkbar und zulässig ist. Das erstere ist ohne weiteres zu bejahen, denn es ist doch sehr wohl möglich, dass der Gläubiger zwar nicht an der ganzen Leistung, deren Teil unmöglich geworden, wohl aber an der noch möglichen Teilleistung ein Interesse hat, und dass für diesen Fall ein teilweiser Rücktritt nur betreffs des unmöglich gewordenen Teils von grossem Nutzen für ihn sein würde. Ob ein solcher teilweiser Rücktritt zulässig ist, entscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich nicht. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch kannte im Artikel 359 ein teilweises Rücktrittsrecht: „Wenn in den Fällen der Artikel 354, 355, 357 sich aus den Umständen insbesondere aus der Natur des Vertrages. aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist, so kann das Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage nur in betreff des von dem anderen Kontrahenten nicht erfüllten Teiles des Vertrages erfolgen.“ Mit Recht hat Stammler[1] darauf hingewiesen, dass auch das Bürgerliche Gesetzbuch dem Bedürfnis eines teilweisen Rücktrittsrechts Rechnung tragen müsse, indem dieses Recht zuweilen trotz der z. B. bei verschuldeter Unmöglichkeit nach

1. Stammler a. a. O. S. 130 f.

§ 325 Abs. 1 S. 3, § 323 Abs. 1 zulässigen Minderung der Gegenleistung notwendig werden könne, und dass die Formulierung und der Sinn des § 325 ein teilweises Rücktrittsrecht durchaus nicht ausschliessen.[2] Um so wertvoller wird nun gerade beim teilweisen Erfüllungsverzug dieses neue Recht sein, wo nicht wie bei der Unmöglichkeit ein dem Minderungsrecht korrelates Recht vorhanden ist und bei mangelndem Interesse vom Gesetze nur das Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage gegeben ist. Allerdings wird ein teilweises Rücktrittsrecht nur zu konstruieren sein in den Fällen wo, wie in dem citierten Artikel des A.H.G.B., eine teilbare[3] Leistung vorliegt: denn sonst würde es dem Wesen des Rücktritts als einer vertragsaufhebenden Thatsache widersprechen und darum zu negieren sein.[4] Auch die Protokolle[5] bestätigen diesen Standpunkt: „Es sei Frage des einzelnen Falles, ob eine teilbare Leistung in der Weise vorliege, dass sich ein teilweiser Rücktritt vom Vertrage ermöglichen lasse.“ Ein teilweiser Rücktritt wäre also unzulässig bei einem Kaufvertrage, bei dem gerade mit Rücksicht auf ein bestimmtes grosses Quantum ein niedriger Preis normiert ist, oder bei einem Kauf in Bausch und Bogen.[6] Liegt dagegen ein seiner Natur nach teilbarer Vertrag vor, oder vielmehr ein Vertrag, dessen Leistungsgegenstand teilbar ist, z. B. eine Quantität von Wertpapieren, von

---

2. Aehnlich Kleineidam S. 147. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 378.

3. Zu dem Begriff „teilbare Leistung“ s. Kisch S. 160 ff. richtig Schöller Bd. 45 S. 538 ff. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 385.

4. Uebereinstimmend Titze a. a. O. S. 188.

5. Protokolle Bd. II S. 64.

6. Staub, AHGB, Erl. zu Art. 359.

denen ein Teil geleistet, der andere Teil schuldhaft nicht geleistet ist, so ist bezüglich des letzteren allein der Rücktritt möglich; denn es erscheint die Auffassung zulässig, dass es sich um zwei selbständige Verträge, nämlich über den möglich gebliebenen und über den unmöglich gewordenen Teil handelt. — Keyssner[7] begründet die Zulässigkeit des teilweisen Rücktrittsrechtes beim Verzuge treffend durch die Worte: „Der Verzug ergreift in seiner Wirkung nur den rückständigen Vertragsteil, der bereits erfüllte löst sich als selbständig zu erledigend ab.“ Dieser Auffassung hat sich im allgemeinen auch die Litteratur des B.G.B. angeschlossen. Der teilweise Rücktritt erfolgt selbständig und von der erfüllten Teilleistung völlig unabhängig nach den allgemeinen Grundsätzen.[8] Wie weit die Gegenleistung bei dem teilweisen Rücktritt ausscheidet, dürfte sich aus der analogen Anwendung der §§ 471 ff. ergeben.[9]

Gesetzliche Grundlage des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechtes.

§ 9.

Für die drei Fälle des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechtes bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 327 die Anwendung der Regeln des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes gemäss den §§ 346—356 B.G.B. Durch diese einfache Verweisung erübrigt sich eine ausführliche Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes. Und mit Recht ist hiervon Abstand genommen worden; denn in Ausübung, Inhalt und Wirkung wird das gesetzliche Rücktrittsrecht, das mit dem vertragsmässigen in der Rechtsnatur völlig übereinstimmt und

7. Keyssner a. a. O. zu Art. 359.

8. Dagegen kennt das B.G.B. kein teilweises Kündigungsrecht. Kisch S. 148.

9. Kleineidam S. 147. Kisch S. 183 ff.

sich nur durch den es statuierenden Faktor — das Gesetz und nicht den Parteiwillen — von jenem unterscheidet, keine Abweichungen ergeben. In § 327 B.G.B. ist auf diese Weise das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht bezüglich der Ausübung und Wirkung in formell kürzester und materiell doch erschöpfender Weise behandelt.

Die Parteien haben, wie noch näher ausgeführt werden wird, nach erklärtem Rücktritt die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren, und zwar ohne Rücksicht auf deren späteres Geschick, es läge denn Zufall vor. Der zweite Satz des § 327 lässt jedoch für den Fall, dass der Rücktritt wegen eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt, zu seinen Gunsten die mildere Haftung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eintreten. Hiernach beschränkt sich die Verpflichtung des Schuldners auf die Herausgabe dessen, was er von der empfangenen Leistung noch hat. Sie ist also ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Der Gläubiger aber haftet, wenn er den Rücktritt wählt, nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Rücktritts. Denn bei ihm kommt ein milderndes Moment, wie beim Schuldner die Schuldlosigkeit, nicht in Betracht. Wann kommt nun diese mildere Haftung dem Schuldner zu statten? Beim Rücktritt wegen Unmöglichkeit oder Schuldnerverzuges kann sie nicht in Frage kommen, denn diese setzen ja ein Verschulden voraus, der Rücktritt erfolgt also bei ihnen wegen eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat. Dagegen ist der Rücktritt wegen eines vom anderen nicht zu vertretenden Umstandes denkbar bei der fiktiven Unmöglichkeit des § 325 Abs. 2. Gewöhnlich wird allerdings auch hier der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgen, den der andere Teil

verschuldet hat. Denn die Versäumung der nach der rechtskräftigen Verurteilung gesetzten Frist wird zumeist auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen. Erfolgt sie aber ausnahmsweise unverschuldet, so wird nach § 283 der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, der Rücktritt aber bleibt bestehen. Es soll dem Gläubiger nicht zugemutet werden, nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners und fruchtlosem Ablauf der Frist noch länger gebunden zu sein. Dem Schuldner soll jedoch, weil er schuldlos ist, in diesem Falle eine mildere Haftungsart zu statten kommen.[1] Der Fall bedeutet eine Ausnahme von dem im übrigen streng beobachteten Grundsatze, dass das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht nur bei verschuldeter Nichterfüllung gegeben ist. Er wird bei der fiktiven Unmöglichkeit wegen seiner voraussichtlichen Seltenheit keine grosse Bedeutung haben. Dagegen wird die mildere Haftung von Wichtigkeit sein in einem Falle des unten behandelten besonderen Rücktrittsrechts, nämlich beim Werkvertrage. Einige rechnen hierher auch den Rücktritt beim Fixgeschäfte. Da dieser, so argumentiert man,[2] auch wegen eines nicht zu vertretenden Umstandes erfolgen könne, so trete auch hier die Haftung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung ein. Dagegen ist einzuwenden, dass der Rücktritt beim Fixgeschäfte nach dem Gesetze, wie oben auseinandergesetzt, als ein vertragsmässig bedungener anzusehen ist, während § 327 S. 2 nur für die Fälle des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts Anwendung findet, und dass, wenn der Rücktritt beim

1. S. auch Titze S. 191 Anm. 56. A. M. Planck § 327. S. ferner oben § 6.

2. Endemann a. a. O. Bd. I S. 661. Haidlen a. a. O. Erl. zu § 327.

Fixgeschäft nicht nach § 361 erfolgt, es nur ein nach §§ 325, 326 zu beurteilender Rücktritt sein kann.[3]

B. Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes.

§ 10.

Nachdem im Vorhergehenden die Voraussetzungen des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechtes, die grundsätzlich in der verschuldeten Nichterfüllung des Vertrages liegen, betrachtet worden sind, ist jetzt von der Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes zu handeln. Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt betreffs der Ausübung und der Wirkungen des gesetzlichen Rücktrittsrechtes die Anwendung der meisten Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes vor; für das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht geschieht dies in dem schon oben genannten § 327 B.G.B., der es den §§ 346—356 unterwirft. Diese Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes bilden also die Grundlage der folgenden Ausführungen.

Das Rücktrittsrecht wird ausgeübt durch die formlose empfangsbedürftige Erklärung des Berechtigten, dass er vom Vertrage zurücktrete. Es sind natürlich auch andere sprachliche, den Rücktrittswillen deutlich ausdrückende Wendungen zulässig.[1] Die Rücktrittserklärung ist einseitig, unterscheidet sich also darin von der Vertragsaufhebung durch mutuus dissensus. Sie darf nicht eventuell geäussert werden oder bedingt sein. Dagegen dürfte eine Befristung des Rücktritts zulässig sein.[2] Ein Widerruf der Rücktrittserklärung ist unstatthaft; der erste und zweite Entwurf[3] glaubte diese Eigenschaft besonders hervorheben zu müssen,

3. Aehnlich Titze S. 191 Anm. 56. Emerich S. 54.

1. S. Kisch S. 137 Anm. 9.

2. Kisch a. a. O. S. 137 f.

3. Entwurf I § 426. Entwurf II § 300.

indes ist sie im Bürgerlichen Gesetzbuche als eine selbstverständliche Folge des Grundsatzes, dass jede Willenserklärung in Ermanglung gegenteiliger gesetzlicher Bestimmungen unwiderruflich ist, nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die Motive[4] erklären die Unwiderruflichkeit der Rücktrittserklärung aus dem „Interesse des anderen Teils, der sich auf sie muss verlassen können." Indes ergiebt sie sich auch schon ohne Weiteres aus der Rücktrittsnatur. Ein aufgehobener Vertrag kann nicht durch blossen Widerruf begründet werden, sondern es bedarf dazu des Konsenses, also der Mitwirkung des Schuldners, und der etwa notwendigen Form.[5] Die Rücktrittserklärung kann von dem Berechtigten jederzeit abgegeben werden. Denn da das Rücktrittsrecht nur eine Befugnis zur Vertragsauflösung, nicht aber ein Anspruch ist, verjährt es nicht; wohl aber verjähren die aus dem erklärten Rücktritt sich ergebenden Rechte auf Rückleistung und ebenso die Rechte, aus deren schuldhafter Nichterfüllung das Rücktrittsrecht entsteht, die ersteren in der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren, die letzteren je nach der gesetzlichen Bestimmung. Sind die letzteren verjährt, so hört damit natürlich auch das Rücktrittsrecht auf. Denn das Rücktrittsrecht hat einen accessorischen Charakter; da es im Wesen des gegenseitigen Vertrages begründet liegt, kann es nur bestehen, so lange das ihm zu Grunde liegende Schuldverhältnis besteht. Es entfällt, wenn jenes etwa nichtig oder mit Erfolg angefochten ist.[6] Aus der Accessorität folgt auch, dass mit dem Uebergange des Schuldverhältnisses auf einen Rechtsnachfolger auch

4. Motive Bd. II S. 280.
5. Protokolle Bd. I S. 789.
6. Kisch S. 136[8].

das Rücktrittsrecht übergeht. Das gesetzliche Rücktrittsrecht ist also kein höchstpersönliches, nur an dem zunächst Berechtigten haftendes Recht. Mit der Unverjährbarkeit des Rücktrittsrechts wäre der Schuldner völlig der Willkür des Berechtigten anheimgegeben; dieser könnte die Abhängigkeit des Schuldners zur Spekulation ausnutzen, indem er das Rücktrittsrecht ausübt, wenn es für den Schuldner, z. B. infolge eines z. Zt. geringen Preises des geleisteten Gegenstandes, Schaden bringt, davon aber absteht, wenn die Nichtausübung für ihn vorteilhafter ist. Mit Rücksicht auf diese dem Schuldner drohenden Gefahren, und um denselben zugleich aus der peinlichen Ungewissheit zu befreien, hat das Bürgerliche Gesetzbuch ihm die Möglichkeit gewährt, eine Entscheidung herbeizuführen.[7] Der Schuldner kann dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechtes stellen mit der Wirkung, dass der ohne Rücktrittserklärung geschehene Fristablauf das Rücktrittsrecht zum Erlöschen bringt. Erklärt der durch Fristsetzung in der Ausübung des Rücktrittsrechtes beschränkte Gläubiger den Rücktritt, und bestreitet der Schuldner wegen Fristablaufs seine Zulässigkeit, so hat *er* das durch den Fristablauf bewirkte Erlöschen und der Gläubiger dann die Rechtzeitigkeit seiner Erklärung zu beweisen.[8] Die Frist, die auch beim vertragsmässigen Rücktrittsrecht dem Schuldner gesetzt werden kann, soweit dies nicht schon beim Rücktrittsvorbehalt geschehen ist, muss, wie im Gegensatz zu der im ersten Entwurf[9] festbestimmten Frist von 4 Wochen vorgeschrieben ist, angemessen sein. Ist sie dies nicht,

7. B.G.B. § 355. Motive Bd. II S. 284.
8. Kisch a. a. O. S. 140.
9. Entwurf I § 432.

so ist sie unwirksam. Sie kann beim gesetzlichen Rücktrittsrecht natürlich erst in dem Zeitpunkt gesetzt werden, in dem dessen Voraussetzungen gegeben sind. Andererseits läuft sie nicht etwa schon von dem Eintritte dieser Voraussetzungen, sondern erst vom Moment der Fristsetzung. Ist das Rücktrittsrecht durch den fruchtlosen Fristablauf erloschen, so hat damit der Schuldner zugleich den Vorteil, den Gläubiger auf die ihm neben dem Rücktrittsrechte gewährten Rechte beschränkt zu sehen. Ist er also im Verzuge gewesen, so hat der Gläubiger jetzt nur noch das Recht des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung; hat er die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, so stehen ihm nur das Schadensersatzecht und die Rechte aus § 323 zu. Den § 431 des ersten Entwurfs, der das Rücktrittsrecht auch dann erlöschen liess, „wenn der Berechtigte den Vertrag auch nur teilweise erfüllt, oder dessen Erfüllung auch nur teilweise verlangt oder annimmt," hat das Gesetzbuch in der richtigen Erwägung, dass in der teilweisen Erfüllung oder Annahme nicht immer ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht zu erblicken sei, nicht aufgenommen.[10] Denn die Annahme der Teilerfüllung kann in dem Glauben erfolgt sein, dass der übrige Teil werde bewirkt werden. Natürlich ist die Zulässigkeit eines Verzichts auf das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen; ein solcher Verzicht braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, vielmehr wird schon eine konkludente Handlung, die mit dem Rücktritt unvereinbar ist, z. B. die Weiterbenutzung der Sache nach dem erklärten Rücktritt, zur Präsumption des Verzichts genügen. Das Rücktrittsrecht kann, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere beim

10. Planck a. a. O. § 355 Anm. 2.

Vertrage beteiligt gewesen sind, nur von allen gegen alle ausgeübt werden.[11] Eine Teilbarkeit des Rücktrittsrechtes würde der Natur des Rücktritts widersprechen, sie verbietet sich auch aus praktischen Gründen darum, weil die sonst zulässige analoge Anwendbarkeit des § 420 B.G.B. zu einem „sachwidrigen und unbefriedigenden Ergebnis" führen würde.[12] Dies gilt dann, wenn die auf Grund des Vertrages geschuldeten Leistungen teilbar sind. Noch notwendiger ist die Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts bei unteilbaren Leistungen; hier ist ein einzelnen gegenüber oder von einzelnen ausgeübter Rücktritt undenkbar, denn es wäre widersinnig, dass dasselbe Rechtsverhältnis dem einen gegenüber bestehen, dem andern gegenüber nicht bestehen solle. Ob ein Gesamtschuldverhältnis, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand oder eine einfache Mehrheit von Schuldnern vorliegen, ist gleichgiltig; das Gesetz schreibt für jeden Fall des Vorhandenseins mehrerer die aktive und passive Unteilbarkeit des Rücktritts vor. Eine Konsequenz aus diesem Grundsatz ist, dass das Rücktrittsrecht, wenn es für einen der Berechtigten erlischt, auch für die anderen erlischt. Mögen also z. B. alle Berechtigten bis auf einen den Rücktritt innerhalb der vom Schuldner gestellten Frist nach § 355 erklären, durch die Nichtausübung des Rücktrittsrechts seitens des einen erlischt es für alle. Die letzte Rücktrittserklärung macht also erst den Rücktritt giltig und verleiht den anderen Erklärungen Wirksamkeit. Die ausdrückliche Rücktrittserklärung kann auch durch Genehmigung derjenigen Rücktrittserklärung, die vorher von einem der Berechtigten abgegeben ist, ersetzt werden, und sie

11. B.G.B. § 356. Kisch S. 139 Anm. 17.
12. Motive Bd. II S. 284.

ist ferner auch giltig, wenn sie ein Stellvertreter im Namen der Rücktrittsberechtigten thut.

Die Form der Ausübung des Rücktrittsrechtes, nämlich die einseitige empfangsbedürftige Erklärung, behält ihre Geltungskraft auch im Prozesse.[13] Der Gläubiger kann also gegenüber der Klage des Schuldners auf die Gegenleistung die Rücktrittserklärung auch in der Form der Einwendung abgeben. Diese muss dann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, erhoben werden.[14] Sonst ist sie nur unter der Voraussetzung des § 767 C.P.O. zulässig. Der Prozessvertreter des Berechtigten wird allerdings, da der Rücktritt keine Prozesshandlung ist, einer Spezialvollmacht bedürfen.[15] Bestreitet der schuldhafte Teil die Berechtigung des Rücktritts und verweigert er darum die dem Berechtigten auf Grund des Rücktritts geschuldeten Leistungen, so hat der Berechtigte im Prozess nur die Unmöglichkeit bezw. die trotz Mahnung nicht erfolgte Leistung nachzuweisen. Der Beweis der Schuld liegt ihm nicht ob, vielmehr hat der Gegner das Nichtvorhandensein der Schuld darzuthun.[16] Dasselbe gälte, wenn der Berechtigte auf Feststellung der durch den Rücktritt erfolgten Vertragsaufhebung klagte.[17] Wird die Rücktrittserklärung abgegeben, ohne dass eine vertragliche oder gesetzliche Berechtigung dazu vorliegt, so ist die Erklärung rechtlich bedeutungslos. Der Vertrag bleibt trotz der Rücktrittserklärung wirksam. Anders bei der jederzeit gestatteten Kündigung. Diese bewirkt immer die Aufhebung des

13. Kisch a. a. O. S. 138.
14. § 278 C.P.O.
15. § 81 C.P.O., Kisch S. 139.
16. §§ 282, 285.
17. S. zu diesen Beweisfragen Titze S. 170 ff.

Vertrages für die Zukunft, nur begründet sie, wird sie zur Unzeit erklärt, einen Schadensersatzanspruch ausserkontraktlicher Art.[18]

Neben das Erlöschen des gesetzlichen Rücktrittsrechts tritt der Ausschluss der Ausübung desselben in den Fällen der §§ 351—353. Ein besonderer Unterschied zwischen den beiden Endigungsgründen, dem Erlöschen des Rücktrittsrechts und dem Ausschluss der Ausübung, ist wohl kaum zu finden. Dernburg[19] will ihn dahin machen, dass das Erlöschen den unwiederbringlichen Verlust des Rücktrittsrechts zur Folge hat, während beim Ausschluss desselben es nur so lange versagt ist, als das Hindernis im Wege steht. Begrifflich mag jene Unterscheidung begründet sein. Die vom Gesetz genannten Ausschliessungsgründe, z. B. der Untergang, die wesentliche Verschlechterung die Umgestaltung, sind indes ihrer ganzen Natur nach so beschaffen, dass ihre Beseitigung nur in den seltensten Fällen wird erfolgen können, und damit verliert jener Unterschied jedenfalls den praktischen Wert. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger vor der Rücktrittserklärung eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat.[20] Der verschuldete Untergang eines erheblichen Teiles wird als eine wesentliche Verschlechterung des Gegenstandes angesehen, denn dieser ist durch das eine ebenso unbrauchbar geworden wie durch das andere; da aber der wirtschaftliche Nachteil beider Umstände fast derselbe ist, so rechtfertigt sich deren gleiche rechtliche

18. §§ 627, 671 Abs. 2.
19. Dernburg, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 241
20. B.G.B. § 351.

Behandlung vollkommen. Durch ein Verschulden Dritter, das der Berechtigte nach § 278 B.G.B. zu vertreten hat, ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn ein solches Verschulden auch den Ausschluss des Rücktrittsrechts des Berechtigten zur Folge haben würde. Liegt nur eine unwesentliche Verschlechterung oder nur die Unmöglichkeit betreffs eines unerheblichen Teiles vor, so treten die Ausschliessungsgründe gemäss dem Wortlaute des Gesetzes nicht ein, der Rücktritt ist also zulässig. Indes kommen dann die Grundsätze über Verschlechterung zur Anwendung, die in dem unten zu behandelnden § 347 niedergelegt sind. Dass verschuldeter Untergang und verschuldete wesentliche Verschlechterung den Rücktritt ausschliessen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum gemeinen Recht bestimmt; dieses beliess selbst in diesen Fällen das Rücktrittsrecht und legte dem Gläubiger nur die Pflicht zum Schadensersatze auf;[21] darin lag für den Schuldner eine unverdiente Härte. Das Bürgerliche Gesetzbuch schafft hier einen gerechteren Ausgleich zwischen dem Verschulden des Schuldners und dem des Gläubigers. Dagegen schliesst es im Gegensatz zum preussischen und französischen Rechte das Rücktrittsrecht nicht deswegen aus, weil die Sache dem Berechtigten durch Zufall untergegangen ist.[22] Es gab diese Vorschrift im Anschluss an das römische Recht, indem es dessen für den Kauf geltenden Satz: mortuus redhibetur[23] in allgemeiner Geltung wieder-

21. Windscheid a. a. O. § 394 Anm. 5 u. 12.

22. B G.B. § 350.

23. Der Sinn dieses in sarkastische Form gekleideten Satzes ist: Der Tote wird zurückgegeben, d. h. nichts wird zurückgewährt und dennoch ist die Wandlung zulässig.

gab. Ohne Zweifel entspricht die Belastung des schuldhaften Schuldners mit der Gefahr in höherem Grade dem Rechtsbewusstsein.[24] Der Gläubiger soll nicht, wenn er wegen nicht ordnungsmässiger Erfüllung zurücktreten will, daran durch den zufälligen Untergang der Sache bei ihm gehindert sein. Vielmehr soll dem Schuldner, dessen Verschulden durch das Vorhandensein des Rücktrittsrechts erwiesen ist — denn das gesetzliche Rücktrittsrecht ist grundsätzlich nur Folge des Verschuldens — auch die Gefahr des Zufalls zur Last fallen. Die Haftung des Gläubigers geht eben billigerweise nur so weit, als sie durch sein Verschulden gerechtfertigt ist. Dem zufälligen Untergange stehen — dies ist in Analogie mit § 351 anzunehmen — der zufällige Untergang eines erheblichen Teils und die zufällige Verschlechterung gleich. Naturgemäss steht der vom Schuldner verschuldete Untergang der Ausübung des Rücktrittsrechts nicht entgegen; wenn der Gläubiger schon gegen den Zufall zu schützen ist, um wievielmehr gegen das Verschulden des Gegners. So ist wohl auch Plancks Ansicht, dass der Untergang und die Verschlechterung auch dann „zufällig" sind, wenn sie vom anderen Teil zu vertreten sind, zu erklären.[25] Die berechtigte Partei soll, wenn sie jene Umstände nicht zu vertreten hat, sie auch nicht tragen. Diese Regelung, die vom preussischen und französischen Recht aus Rücksicht auf den Schuldner nicht angenommen wurde, hat sicherlich den Vorzug einer gerechteren Verteilung der Haftung. — Dem vom Berechtigten verschuldeten Untergang der Sache ist in seinen Folgen gleichgesetzt der Fall, dass „der Berechtigte die empfangene

24. Aehnlich Titze S. 166 Anm. 6.

25. Planck, Erl. zu § 350.

Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat.[26] Ob die Umgestaltung verschuldet oder unverschuldet erfolgt, ist für den Ausschluss des Rücktrittsrechts gleichgiltig. Die Rücksicht auf den Schuldner erheischt es, dass man ihn nicht zwingt, die umgestaltete Sache, die eben nicht mehr „seine Sache" ist und ihm oft nichts nützen wird, als Rückgewähr seiner Vertragsleistung anzunehmen. Der Umgestaltung der empfangenen Sache ist, wie in Uebereinstimmung mit den Protokollen[27] anzunehmen ist, die Umgestaltung eines erheblichen Teiles gleichzusetzen. Die Regel des § 351 Satz 2 B.G.B., wonach das vom Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden dem eigenen Verschulden gleichsteht, wird auf die Umgestaltung analog anzuwenden sein[28]. Die wichtige Frage, welche Wirkung die Veräusserung oder Belastung des empfangenen Gegenstandes durch den Berechtigten haben solle, ist in den ersten beiden Entwürfen und im Gesetz verschieden beantwortet worden. Der erste und zweite Entwurf[29] schliessen das Rücktrittsrecht aus, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand nicht zurückgeben kann, weil er ihn veräussert hat, oder wenn er ihn mit dem Rechte eines Dritten belastet hat und das Recht nicht beseitigen kann. Der dritte Entwurf und das Gesetzbuch[30] erkannten diesen Ausschliessungsgrund mit Recht nicht an; denn ob die Veräusserung rückgängig zu machen und die Belastung aufzuheben ist, ist mit Bestimmtheit erst dann zu sagen, wenn

26. B.G.B. § 352.
27. Protokolle Bd. I S. 794 f.
28. Protokolle Bd. I a. a. O.
29. Entw. I § 430 1, 2. Entw. II § 303 S. 1.
30. Entw. III § 348, B.G.B. 353.

für den Rücktrittsberechtigten die durch den erklärten Rücktritt auferlegte Pflicht der Rückgewährung entsteht[31]. Dieser Pflicht wird er oft noch genügen können, indem er sich die Sache wiederverschafft. Jedenfalls ist die Möglichkeit ihrer Erfüllung nicht schon ausgeschlossen, wenn die Verfügungsfähigkeit auch z. Zt. der Rücktrittsabsicht nicht besteht, mit andern Worten, die subjektive Unmöglichkeit, die noch gehoben werden kann, soll nicht für den Berechtigten die Unzulässigkeit des Rücktritts herbeiführen. Der Rücktritt an sich ist trotz einer Verfügung über den Gegenstand zulässig und erst dann ausgeschlossen, wenn die für das Rücktrittsrecht des Berechtigten vorhandenen Ausschliessungsgründe d. h. verschuldete wesentliche Verschlechterung, Untergang, Unmöglichkeit der Herausgabe oder Umgestaltung auch bei denen vorliegen, die den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt oder an ihm Rechte haben. Dieselbe Regelung tritt ein, wenn statt der privaten Verfügung des Berechtigten eine solche im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Andererseits ist es aber legislativ zu berücksichtigen, dass auch der Schuldner gegen nachteilige Folgen des Rücktritts geschützt werden muss. Ist z. B. der Berechtigte nach Ausübung des Rücktrittsrechtes zur Wiederverschaffung oder zur Befreiung von der Belastung nicht imstande, so würde der Schuldner dadurch, dass er zurückgewähren muss, vom Berechtigten aber seine Leistung nicht zurückbekommt, arg geschädigt sein, der Gläubiger aber doppelt gewinnen. Hier greift nun neben dem Verweigerungsrecht aus §§ 348, 320, § 354 B.G.B. helfend ein; er lässt den erklärten Rücktritt unwirksam

31. Protokolle Bd. VI S. 161—163. Planck a. a. O. § 353

werden, wenn der Schuldner dem mit der Rückgewähr im Verzug gebliebenen Berechtigten zu der Rückgewähr eine Frist mit Ablehnungserklärung gestellt hat, und diese Frist fruchtlos abgelaufen ist. Es verbleibt also, nachdem die Wirkungen des Rücktritts wieder aufgehoben sind, beim Vertrage, und zwar bei dem Vertrage, wie er vor der Ausübung des Rücktrittsrechtes abgesehen von diesem bestanden hat, d. h. die Wahlmöglichkeiten sind ausser dem Rücktritt wiedergegeben. Treten die in §§ 351, 352, 353 bestimmten Ausschlussgründe erst nach Erklärung des Rücktritts ein, so können jetzt, wo der Vertrag nicht mehr besteht, naturgemäss nicht mehr die Ausschlussvorschriften des Rücktrittsrechtes Platz greifen, da diese gerade den bestehenden Vertrag und die noch vorhandene Rücktrittsbefugnis zur Voraussetzung haben. Vielmehr erwächst hier dem Gläubiger die Pflicht des Schadensersatzes nach dem unten zu behandelnden § 347. — Die Vorschriften der §§ 351—353 werden auf den Fall des Rücktritts bei zu vertretender Unmöglichkeit im allgemeinen deswegen nicht Anwendung finden können, weil bei dieser die Leistung des Vertragsgegenstandes schon unmöglich ist, während Voraussetzung der §§ 351—353 die Leistungsmöglichkeit zur Zeit des Rücktritts ist.[32]

Einen besonderen Ausschlussgrund des Rücktrittsrechts kennt noch die Lehre vom Kauf. Das in den Fällen § 325,2 und § 326 gewährte Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat.[33] Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, um diesen Rechtseffekt herbeizuführen; liegt nur Nichtzahlung vor, ohne dass der Verkäufer ausdrücklich gestundet hätte,

32. Ausnahmen s. Kisch S. 140 Anm. 19.
33. B.G.B. § 454.

so kann er zurücktreten. Der logische Grund für den Ausschluss des Rücktrittsrechts liegt hier darin, dass mit der Stundung des Kaufpreises der innere Zusammenhang zwischen der Lieferung der Ware und der Zahlung gelöst wird, die Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer also nicht mehr in Erwartung der Gegenleistung, sondern unabhängig von ihr erfolgt ist.[34] Man kann daher in der Stundung gewissermassen einen Verzicht auf das Rücktrittsrecht erblicken. Die Bestimmung ist vor allem im Hinblick auf die strengen Haftungsgrundsätze beim Rücktritt zu Gunsten des Käufers getroffen, der zwar nicht, wo der Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung noch besteht, also wenn keine Stundung vorliegt, gegen den Rücktritt des Verkäufers geschützt sein soll, der aber nach der Stundung nicht dadurch unbillig belastet werden darf, dass er nach der Weiterveräusserung, Umgestaltung oder Wertsminderung, zu der er als Eigentümer sich berechtigt glaubte, zur Rückgängigmachung oder zum Schadensersatz aus § 347 verpflichtet werde.[35] Der Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bleibt aber dessen ungeachtet bestehen.[36]

C. Wirkungen der Ausübung.

a. im Allgemeinen.

§ 11.

Die Wirkungen des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts sind ebenso wie dessen Ausübung

34. Protokolle B. II S. 71.

35. Denkschrift S. 49. Protokolle Bd II S. 70 f.

36. Ebenso Emerich S. 87. A. M. Schöller Bd. 44. S. 636 f., Bd. 46 S. 12 f.

den Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechts unterworfen; es sind also wiederum die §§ 346—356 hier zu Grunde zu legen. Die Motive[1] präzisieren die Wirkung des vollzogenen Rücktritts dahin, dass durch den Rücktritt die Vertragschliessenden untereinander so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, und der erste und zweite Entwurf[2] geben diese Formulierung ausdrücklich wieder. Gegen diese Konstruktion hat sich die Wissenschaft fast einmütig gewandt. Sie fand in der Ausdrucksweise: „Die Parteien sind so berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre" eine, wenn nicht unlogische, so doch mindestens ungeschickte Fassung.[3] Denn wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, so hätten jene vorhandenen Vertragsfolgen, also eine Berechtigung oder eine Verpflichtung gar nicht existieren können. Die Kritik hat durch diese Stellungnahme bewirkt, dass der 3. Entwurf und das Gesetz die rechtliche Konstruktion, die überhaupt einen grossen praktischen Wert nicht hat, der Wissenschaft überliess.[4] In Uebereinstimmung mit dieser ist die Wirkung des Rücktritts dahin zu erklären, dass der Rücktritt das Vertragsverhältnis aufhebt, zum Erlöschen bringt. Das Erlöschen kann sich aber naturgemäss nur auf das Kausalgeschäft, d. h. das Schuldverhältnis beziehen,[5] das nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch streng von ihm zu scheidende abstrakte Leistungsgeschäft,

1. Motive Bd. II S. 281.

2. Entwurf I § 427, Entwurf II § 298.

3. Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 33 S. 367 ff. Cretschmar, im Archiv Bd. 82 S. 127 ff.

4. Protokolle Bd. VI S. 158.

die Einigung und die durch sie und die Uebergabe bezw. Eintragung eintretende Rechtsänderung bleibt unberührt. Aus der Qualität des Abstrakten folgt, dass es von dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft unabhängig ist, mithin auch durch Rechtsmängel oder Ungültigkeit des letzteren in seinem Bestande nicht erschüttert wird. Das abstrakte Geschäft bleibt also trotz des Rücktritts weiter bestehen, ist aber seiner causa beraubt. Mit deren Wegfall ist jedoch die auf Grund des Kausalgeschäftes erfolgte Veränderung in der Güterwelt ungerechtfertigt, und um den dem Recht entsprechenden Zustand wiederherzustellen, muss die Rückleistung erfolgen. Gewöhnlich vollzieht sich diese gerade bei den abstrakten Geschäften auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Bei der mit dieser Haftungsart oft verbundenen Verminderung des empfangenen Gegenstandes würde jedoch der Zweck des Rücktritts nicht erreicht werden; denn dieser liegt darin, dass die Vertragsfolgen beseitigt und der Zustand hergestellt werde, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Es ist daher die Haftung des Empfängers durch den § 346 B.G.B. verschärft worden.

Die Kraft der Rücktrittswirkung ist nach § 346 lediglich eine obligatorische. Die dingliche Wirkung, die, wie im gemeinen Recht, den Rücktritt der Resolutivbedingung gleichstellen sollte, ist mit Rücksicht auf die dadurch gefährdete Verkehrssicherheit abgelehnt; denn die Furcht, die erworbene Sache bei einem Rücktrittsfalle herausgeben zu müssen, würde den Dritten vom Erwerbe der Sache abhalten. Zugleich würde dann der Rücktritt bei einer geschehenen

---

5. Protokolle a. a. O., Bd. I S. 788 f.

Weiterveräusserung an einen Dritten eine unbillige Härte gegen diesen bedeuten und ferner seine Durchführung grosse Schwierigkeiten bereiten. Es entsteht daher im Bürgerlichen Gesetzbuch, wenn Eigentum übertragen ist, durch Ausübung des Rücktrittsrechtes nur die Verpflichtung zur Rückübertragung, wenn die Sache weiter veräussert ist, die Pflicht der Wiederverschaffung, und bei Einräumung eines dinglichen Rechts nur die Pflicht, bei der Aufhebung mitzuwirken.[6] An sich aber bleiben diese Rechte trotz des Rücktritts weiter bestehen. Eine dingliche Wirkung, wie sie etwa beim vertragsmässigen Rücktrittsrecht durch resolutiv bedingte Uebereignung der beweglichen Sache oder durch Eintragung einer Vormerkung für ein Grundstück geschaffen werden kann, ist beim gesetzlichen Rücktritt überhaupt nicht möglich.[7]

Von der vom Gesetz abgelehnten dinglichen Wirkung ist wohl zu unterscheiden die im Bürgerlichen Gesetzbuch durch die Rücktrittserklärung ipso iure d. h. kraft Rechtens eintretende Vertragsaufhebung. Es ruft unmitttelbar die Rücktrittserklärung die Rechtswirkungen des Rücktritts hervor, nicht etwa erst eine Annahme seitens der Gegenpartei oder ein Urteil, wie es der code civil[8] verlangt. Der erste Entwurf nahm an, dass durch den Rücktritt nur eine civilrechtliche Einrede gegen die Vertragsansprüche der Gegenpartei gewährt werde, indes ist im Bürgerlichen Gesetzbuch die unmittelbare Wirkung von Rechtswegen als gewollt anzusehen. Denn das Einrederecht ist sonst überall im Gesetz durch den Ausdruck „Einrede“ oder

6. Kisch a. a. O. S. 144.
7. Dernburg, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 239.
8. Code civil Art. 1184.

wenigstens durch die Fassung gekennzeichnet. Auch die Protokolle[9] wenden sich schon gegen die Annahme der Einrede. Für den Prozess folgt aus der unmittelbaren Wirkung des Rücktritts, dass nach seiner Erklärung die Klage des Schuldners auf die Vertragsleistung selbst bei Versäumnis des beklagten Rücktrittsberechtigten abgewiesen werden muss,[10] wenn sich der Rücktritt aus dem Vorbringen des Klägers ergiebt.

Aus der völligen Auflösung des Vertrages und dem Zwecke des Rücktritts, die geschehenen Vertragsfolgen zu beseitigen, geht hervor, dass der Rücktritt nicht nur ex nunc, sondern ex tunc wirken muss, dass also nicht nur die Verpflichtungen für die Zukunft aufgehoben werden, sondern auch die schon bewirkten Vertragsleistungen zurückgewährt werden müssen. Der Rücktritt ruft daher ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis hervor, das allerdings nur die Rückgängigmachung des Vertrages verwirklicht. Der Grund dafür, dass trotz Aufhebung des Vertrages neue Verpflichtungen entstehen, liegt in der Tendenz des Rücktritts, den status quo ante herzustellen. Die Verpflichtungen beruhen auf Gesetz. — Klagt der Schuldner nach Erklärung des Rücktritts auf die Gegenleistung, so kann ihm der Berechtigte mit der peremtorischen Einrede der Vertragslösung begegnen. Ist bereits erfüllt, so ist der Empfänger zur Rückgewähr verpflichtet. Hat der Schuldner erfüllungshalber eine Schuld für einen Teil der Erfüllung — eine volle Erfüllung wird beim allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrecht kaum denkbar sein — übernommen, oder ist er durch Novation als Schuldner in ein anderes

9. Protokolle Bd. I S. 788.
10. Kisch a. a. O. S. 143.

obligatorisches Verhältnis eingetreten, so ist er von diesen Verbindlichkeiten als seinen Vertragsleistungen zu befreien. Bei Rechtsverhältnissen, die einen Miets-, Pacht- oder Dienstvertrag zum Gegenstande haben, ist die wirkliche Rückgewähr der empfangenen Leistungen unausführbar. Für diese Fälle hat das Gesetzbuch die Wertvergütung oder die im Vertrage ja meist bestimmte Gegenleistung an die Stelle der Rückgewähr gesetzt.[11] Bei den auf dauernde Leistungen gerichteten Rechtsverhältnissen wird die Rückwirkung in die Vergangenheit den Interessen der Parteien oft nicht entsprechen. Diesem Missstande wird, soweit nicht etwa schon das Kündigungsrecht Abhülfe schafft, dadurch begegnet werden können, dass die Vorschriften über den teilweisen Rücktritt zur Anwendung gebracht werden, indem die Vertragszeit in kleinere Abschnitte zerlegt wird, die dann für den Rücktritt selbständig in Betracht kommen.[12]

Die Verpflichtung jedes Kontrahenten, den anderen im Falle des Rücktritts in die Lage zu versetzen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, diese obligatio ad restituendum in integrum hat die verschärfte Haftung der Parteien nach § 347 B.G.B. zur Folge.

„Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem andern Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf

11. B.G.B. § 346 S. 2. Protokolle Bd. VI S. 159.
12. Kisch S. 144.

Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen."

Diese Vorschrift erklärt sich beim vorbehaltenen Rücktritt aus der Erwägung, dass jede Partei mit der Möglichkeit des Rücktritts rechnen müsse, dass sie deshalb zur Sorgfalt des Besitzers einer fremden Sache verpflichtet sei.[13] Bei diesem letzteren ist für die strenge Haftung der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs massgebend, beim Rücktritt tritt der Moment des Empfanges der Leistung an dessen Stelle. Beim gesetzlichen Rücktritt ist die Analogie zum Besitzer einer fremden Sache nicht immer begründet, sie wird oft zu unverdienten Härten führen, denn der Schuldner kann sich erst von da an als Besitzer einer fremden Sache betrachten, wo ein den gesetzlichen Rücktritt rechtfertigender Umstand eingetreten ist; die strenge Haftung ihm schon von der Zeit des Empfanges der Leistung aufzulegen, wo er den Rücktritt noch gar nicht hat voraussehen können, ist ungerecht.[14] Noch härter erweist sich diese Vorschrift für den Gläubiger, der, wenn er einige Zeit nach dem Empfange infolge eines unvorhergesehenen, vom Schuldner verschuldeten Rücktritts zurückzugewähren hat, dennoch von Anfang an als Besitzer einer fremden Sache haften soll. Und doch lässt sich angesichts der unzweideutigen Fassung der gesetzlichen Bestimmungen ein anderer Moment als der des Empfanges nicht annehmen; der Gesetzgeber hat die misslichen Konsequenzen, die sich durch Uebertragung der Vorschriften des vertragsmässigen

13. Denkschrift S. 52. §§ 347, 987 ff. B.G.B.
14. Kisch S. 146.

Rücktrittsrechtes auf das gesetzliche hier ergeben, wohl nicht vorausgesehen. Sie können, nun einmal vorhanden, beim Schuldner gewissermassen als Strafe dafür angesehen werden, dass er den Rücktritt verschuldet hat. Der Gläubiger wird ihnen dann aus dem Wege gehen können, wenn er ohne Nachteil an Stelle des Rücktrittsrechtes ein anderes ihm zustehendes Recht wählen kann. Nach § 347 hat also jeder Kontrahent im Falle des geschehenen Rücktrittes vom Empfange der Leistung an für den Schaden einzustehen, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens der Gegenstand verschlechtert wird, untergeht, oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Die seit dem Empfange der Leistung gezogenen Nutzungen hat jeder Teil herauszugeben, für die schuldhafter Weise nicht gezogenen Nutzungen hat er Ersatz zu leisten. Jeder kann für die von ihm gemachten notwendigen Verwendungen Ersatz nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag fordern, und er muss von Verbindlichkeiten, die er zum Zwecke notwendiger Aufwendungen gemacht hat, befreit werden:[15] er hat wegen seiner Verwendung an der herauszugebenden Sache ein Zurückbehaltungsrecht. Aus dem Gesichtspunkte, dass der status quo ante eintreten soll, keiner sich also auf Kosten des anderen bereichern soll, ist auch die Pflicht, eine Geldsumme von der Zeit des Empfanges zu verzinsen, statuiert. Die Annahme einer Bereicherung ist nämlich insofern begründet, als bei ordnungsmässiger Wirtschaft eine Summe immer verzinslich angelegt werden kann. Die Schadensersatzpflicht besteht, wie oben ausgeführt ist, nicht im Falle des § 351, wo der Berechtigte vor

15. B.G.B. § 257.

Ausübung des Rücktrittsrechtes eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Denn hier ist der Rücktritt überhaupt ausgeschlossen. Die Schadensersatzpflicht trifft also nur zu, wenn jene Umstände beim Schuldner an den Leistungen des Zurücktretenden eintreten und von jenem verschuldet sind, wenn sie vom Berechtigten nach Erklärung des Rücktritts verschuldet werden, und endlich, wenn vor der Rücktrittserklärung nur eine unwesentliche Verschlechterung durch den Berechtigten verschuldet wird, die den Rücktritt nicht ausschliesst. Bei unverschuldetem Eintritt dieser Umstände tritt nicht § 323 in Kraft, vielmehr greift auch hier § 347, soweit anwendbar, Platz. Eine Schadensersatzpflicht wird in diesem Falle nicht begründet, denn sie setzt ein Verschulden voraus. Indes sind die Bestimmungen über Nutzungen und Verwendungen auch hier massgebend. — Der Umstand, dass neben der Vertragsauflösung auch neue Verpflichtungen für die Parteien nach § 346 erwachsen, dass also ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis unter ihnen entsteht, hat den Gesetzgeber veranlasst, die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge auf dieses gesetzliche Schuldverhältnis zu übertragen. Denn da der Rücktritt nur beim gegenseitigen Vertrage statt hat, und zugleich in der gegenseitigen Beziehung der Kontrahenten ihm gleicht,[16] ist eine entsprechende Anwendung von Vorschriften des gegenseitigen Vertrages auf die aus dem Rücktritt entstehenden gegenseitigen Verbindlichkeiten naheliegend und durchführbar. Der § 348 bestimmt daher:

16. Protokolle Bd. VI S. 384.

„Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften des §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung."

Es kann also die eine Partei die Rückleistung verweigern, so lange nicht die Rückgewähr von Seiten der Gegenpartei erfolgt; die Geltendmachung dieser Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Klage des andern hat die Verurteilung Zug um Zug zur Folge. Das Zurückbehaltungsrecht auf §§ 348, 320 wird besonders in dem Falle der Weiterveräusserung oder Belastung seitens des Gläubigers für den Schuldner wertvoll sein, insofern als er das Recht erhält, bis zur Wiederverschaffung des Eigentums bezw. des lastenfreien Eigentums die Herausgabe der Leistung des Gläubigers zu verweigern. Die §§ 320, 322 sind jedoch die einzigen Vorschriften des gegenseitigen Vertrages, deren analoge Anwendung beim Rücktritt zulässig ist. Die Anwendung der übrigen Vorschriften verbietet sich mit Rücksicht auf die rechtliche Natur des Rücktritts von selbst. So wäre die Einräumung der Wahlmöglichkeiten bei verschuldeter Unmöglichkeit der Rückleistung, wie sie § 325 vorschreibt, nach erklärtem Rücktritt ein Unding;[17] sie würde den durch den Rücktritt geschaffenen Zustand des gegenseitigen Verpflichtungsverhältnisses perpetuieren und möglicherweise einen regressus in infinitum zulassen.[18] Für diesen Fall, sowie für die unverschuldete Unmöglichkeit bestehen vielmehr die besonderen Vorschriften des § 347, die eine sachgemässe endgültige Erledigung ermöglichen. Auch im Falle des Verzuges des Schuldners mit der Rückleistung

17. Ebenso Kisch S. 6 f.
18. Stammler a. a. O. S. 130.

gilt nicht § 326 mit seinen Wahlmöglichkeiten, sondern es tritt nur Schadensersatzpflicht ein. Dennoch wird man das aus dem Rücktritt erwachsende gesetzliche gegenseitige Schuldverhältnis dem gegenseitigen Vertragsverhältnis gleichstellen können. Dass sich die Anwendung der Bestimmungen des gegenseitigen Vertrages nicht vollständig durchführen lässt, liegt an den eben genannten praktischen Gründen.[19]

b) bei Verträgen zu Gunsten Dritter.

§ 12.

Eine besondere Beachtung verdient das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht für den Fall, dass ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vorliegt. Entsprechend der allgemeinen Voraussetzung des Rücktrittsrechts kann nur ein gegenseitiger Vertrag in Frage kommen, einerlei ob auf einer Seite oder beiden Seiten Dritte stehen. Der Rücktritt muss natürlich auch hier zulässig sein und zwar genau in gleicher Weise wie sonst beim gegenseitigen Vertrage. Es fragt sich nur, inwieweit er den ausserhalb der unmittelbaren Vertragssphäre stehenden Dritten berührt bezw. inwieweit er diesem selbst zusteht.

Zunächst ist der Fall zu betrachten, dass der Versprechende die Nichterfüllung im Sinne der §§ 325, 326 herbeiführt. Es stehen dann dem Versprechensempfänger als Vertragsgegner, und zwar nur ihm allein, die Rechte aus § 323, das Schadensersatz- und das Rücktrittsrecht wahlweise zu. Hat jedoch der Dritte bereits ein unwiderrufliches Recht auf die Leistung erworben, und treten darauf die Voraussetzungen der §§ 325, 326 ein, so kann der Dritte die gleichen Rechte wie der Versprechensempfänger geltend machen,

19. S. Matthiass Bd. I S. 387 Anm. 2. Kisch S. 6.

ohne dass dieser die Befugnis dazu verlöre.[1] In den Fällen, wo zwischen beiden Uebereinstimmung herrscht, wird dies ohne Schwierigkeiten abgehen; sie können also insbesondere beide den Rücktritt erklären bezw. dem von einem erklärten Rücktritt sich anschliessen oder sich überhaupt der Ausübung des Rechts enthalten. Dagegen walten Bedenken ob, wenn ein Widerspruch bezüglich des zu wählenden Rechts zwischen ihnen entsteht. Will also der Dritte etwa irgend einen der Ersatzansprüche, der Versprechensempfänger dagegen den Rücktritt wählen, so ist nach der einen Ansicht der Rücktritt vollständig ausgeschlossen. Andere wollen ihn in diesem Falle für zulässig erklären und zwar entweder mit der Wirkung, dass er das Recht des Dritten auf Ersatz ohne weiteres aufhebt bezw. die Verpflichtung zur Rückgabe des geleisteten Ersatzes hervorruft, oder mit der Wirkung, dass der Dritte den Entschädigungsanspruch behält, der zurücktretende Versprechensempfänger aber die Pflicht hat, den Versprechenden gegenüber dem Dritten zu befreien bezw. ihm das bereits Geleistete zurückzuerstatten. Der letzteren Ansicht wird der Vorzug zu geben sein; nur wird man sie in Analogie mit § 351 bis 353 dahin einschränken müssen, dass der Rücktritt dann ausgeschlossen ist, wenn der Versprechensempfänger bestimmt nicht in der Lage ist, die eben genannte Verpflichtung gegenüber dem Versprechenden zu erfüllen.[2]

Liegen die Voraussetzungen der §§ 325, 326 auf Seiten des Versprechensempfängers vor, so hat der Versprechende neben den anderen Rechten das des

1. §§ 328, 335 B.G.B.

2. Vgl. Kisch S. 259 ff. und die dort Genannten. Planck § 335 Anm. 4.

Rücktritts. Erklärt er dem Versprechensempfänger gegenüber den Rücktritt, so hebt dieser auch das Recht des Dritten auf, und zwar selbst dann, wenn der Dritte bereits ein unwiderrufliches Recht auf die Vertragsleistung erlangt hat. Denn der Versprechende darf dem Dritten Einwendungen aus dem Vertrage entgegenhalten.[3] Die Einwendung der Nichtverpflichtung leitet sich nun zwar aus der Aufhebung des Vertrages, nicht aus dem Vertrage her, indes man wird sie mangels sachlicher Gegengründe ebenso zulassen müssen wie die Einwendung, die auf Grund eines vertragsmässigen Rücktrittsrechts erhoben werden kann.[4] Die Rücktrittserklärung des Versprechenden erfolgt gegenüber dem anderen Teile;[5] darunter wird man nur den anderen Vertragsteil, also den Versprechensempfänger verstehen dürfen.[6] Dem Dritten gegenüber sind nur die auf Grund des erklärten Rücktritts zulässigen Einwendungen statthaft. Der Versprechensempfänger ist zur Rückgewähr der vom Versprechenden bewirkten Leistung verpflichtet. In den Fällen, in denen er diese Verpflichtung nicht zu erfüllen vermag, weil er den Dritten zur Rückgabe nicht zwingen kann, hat der Versprechende Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe zu leisten. Auch der Dritte ist zur Herausgabe verpflichtet, denn mit der Aufhebung des Vertrages durch den Rücktritt ist die Grundlage auch für sein Recht entfallen. Indes haftet er, da er nicht Vertragsteil ist, nicht nach den Grundsätzen des Rücktritts, sondern nach denen der ungerechtfertigten Bereicherung.[7]

3. § 334 B.G.B.
4. Planck § 334. Kisch S. 262.
5. § 349 B.G.B.
6. Kisch. S. 263.
7. Planck § 334 Anm. 2. Kisch S. 263 f.

Zweites Kapitel.

Das besondere gesetzliche Rücktrittsrecht

1. beim Kauf

a) wegen Rechtsmängel.

§ 13.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht, das der Gegenstand der vorhergehenden Betrachtung gewesen ist, wird durch seine allgemeine Zulässigkeit bei jedem gegenseitigen Vertrage einem dringenden Bedürfnis im bürgerlichen Rechtsverkehre abhelfen. Dennoch giebt es noch Fälle, wo ein Rücktrittsrecht auch ohne die Voraussetzungen des allgemeinen Rücktrittsrechtes, also auch wenn nicht grundsätzlich schuldhafte Nichterfüllung vorliegt, sich als notwendig erweisen wird. Die Häufigkeit gewisser Rechtsgeschäfte erfordert es, dass bei ihnen schon die blosse Nichterfüllung für das Recht zum Rücktritt genügt; würde doch die Beschränkung des Rücktritts auf die Voraussetzung des Verschuldens in manchen Fällen eine verkehrsfeindliche Erschwerung des Rechtslebens bedeuten. Der Umstand, dass jene Geschäfte im rechtsgeschäftlichen Leben den Vorrang vor allen anderen einnehmen, rechtfertigt es, dass für sie auch zwei Arten von Rücktrittsrecht bestehen, das allgemeine unter seinen bestimmten Voraussetzungen und ein besonderes.

Ein gesetzliches Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage ist gegeben, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts erfüllt sind. Aus diesem Gesichtspunkte ist das Rücktrittsrecht zu beurteilen, das beim Vorhandensein von Rechtsmängeln aus dem § 440 Abs. 1 hervorgeht. Dort sind für den Fall, dass der Verkäufer seine aus den §§ 433—437, 439 erwachsenden Verpflichtungen betreffs der Rechtsverschaffung an der Kaufsache nicht erfüllt, die Rechte

des Käufers nach den Regeln des gegenseitigen Vertrages §§ 320—327 bestimmt. Die Bestimmung war geboten, weil eine Verurteilung des Verkäufers zur Verschaffung des lastenfreien Eigentums wegen der Unzulässigkeit der Vollstreckung dem Käufer nicht helfen würde[1]. In der Hauptsache ist allerdings die Verweisung auf die genannten Vorschriften überflüssig weil der Kauf als ein gegenseitiger Vertrag den allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge unterworfen sein muss; sie ist auch wohl nur aus Gründen der Deutlichkeit erfolgt, weil in den Abs. 2—4 des § 440 und im § 441 die Anwendbarkeit jener Vorschriften in Ansehung des Schadensersatzanspruchs eingeschränkt wird, und damit eine Rückverweisung geboten erscheint[2]. — Im römischen und im gemeinen Recht haftete der Verkäufer für das habere licere, für die rein thatsächliche Gewalt und den ungestörten Genuss, war also von jeder Haftung frei, solange nicht seitens des berechtigten Dritten die Entwehrung erfolgte. Erst dann, und regelmässig auch nur, wenn dem Verkäufer vom Käufer zugleich der Streit verkündet war[3], konnte dieser die Leistung des Interesses verlangen, das er daran hatte, dass die Entwehrung nicht geschehe. Von einem Rücktritt, etwa der Rückgabe des Kaufpreises, war, wie aus den Quellen unzweideutig hervorgeht, keine Rede[4]. Auch der erste Entwurf[5], der ja überwiegend auf dem römisch-rechtlichen Standpunkte stand, machte die Gewährleistung für Rechtsmängel abhängig von der Eviktion des

1. Petri S. 62. Matthiass Bd. I S. 493f.
2. Ders. M. Emerich S. 50.
3. Windscheid Aufl. 8 S. 628f. Cosack Bd. I S. 414.
4. Windscheid a. a. O. Anm. 33.
5. E. I, § 374 f. Motive Bd. II S. 216, 220f.

Dritten. Ganz anders gestaltet sich die Entwehrung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Hier ist der Verkäufer neben den Verbindlichkeiten aus §§ 434 ff vor allem zur Uebergabe und Verschaffung des lastenfreien Eigentums verpflichtet, und wenn er diesen Verbindlichkeiten aus §§ 433—437, 439 nicht nachkommt, so kann neben den übrigen Rechten aus § 320 ff der Rücktritt unter seinen Voraussetzungen zulässig sein, auch ohne dass erst die Entwehrung seitens des Dritten erfolgt. Abgesehen von der Ausnahme der §§ 440 Abs. 2—4, 441 berechtigt nicht erst die Besitzentsetzung, sondern schon die Gewissheit, dass der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt hat, den Käufer zur Ausübung seiner Befugnisse. Er kann also vom Vertrage schon zurücktreten, wenn das Leistungsunvermögen des Verkäufers[6] auf einem von diesem zu vertretenden Umstande beruht, wenn der Verkäufer zur Rechtsverschaffung rechtskräftig verurteilt ist, und sie nicht vor Ablauf der gestellten Frist bewirkt, oder wenn er mit der Rechtsverschaffung im Verzuge ist.

Bezüglich des Leistungsunvermögens muss, während sonst die §§ 323—325 nur das nachträgliche Unvermögen regeln, hier von einer Scheidung zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen abgesehen werden; vielmehr ist bei der Regelung der Gewährleistungspflichten durch die genannten Vorschriften vor allem gerade an den häufigeren Fall des beim Kaufabschluss bereits bestehenden Unvermögens gedacht worden.[7] Dass im Falle des ursprünglichen Leistungs-

6. Von einer objektiven Unmöglichkeit wird hier nicht gesprochen werden können, weil ein Dritter zur Verschaffung der Rechte immer imstande sein wird.

7. Planck § 440, Anm. 3, 4. Schöller Bd. 46 S. 3. Emerich S. 50. Petri S. 62 ff. Titze S. 265. Motive Bd. II S. 216, 220 f.

unvermögens nicht etwa von einer Anwendung des § 306 die Rede sein kann, geht unzweifelhaft aus dem Gesetze hervor.[8] Vielmehr bleibt der auf die subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig. Es erfordert aber die Billigkeit, dass der Verkäufer, der zumeist böswillig oder grobfahrlässig gehandelt haben wird, wenn er eine Sache mit von ihm nicht behebbaren Rechtsmängeln verkauft, hierfür ebenso wie für nachträgliches Unvermögen haftet.

Ebenso wenig, wie es für die Zulässigkeit des Rücktritts auf die geschehene Entwehrung ankommt, macht es einen Unterschied, ob den neben der Rechtsverschaffung bestehenden Erfordernissen, von denen der Eigentumsübergang abhängt, bereits genügt ist d. h. also ob die Uebergabe der mit einem Rechtsmangel behafteten Sache erfolgt ist oder nicht.[9] Die blosse Thatsache, dass der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt, giebt dem Käufer beim Vorhandensein der Rücktrittsvoraussetzungen das Recht des Rücktritts. Wie sind nun die Vorschriften der §§ 320—327 über die Zulässigkeit des Rücktrittsrechts beim Rechtsmangel der gekauften Sache anzuwenden? Ist, um bei den zwei Hauptpflichten des Verkäufers zu bleiben, weder Uebergabe noch Eigentumsverschaffung erfolgt, so liegt gänzliche Nichterfüllung vor, und der Käufer kann bei Unmöglichkeit oder Verzug vom Vertrage zurücktreten. Ist dagegen zwar Besitz, nicht aber Eigentum verschafft oder ist die Rechtsverschaffung geschehen, aber mangelhaft, dann ist nur von einer teilweisen Nichterfüllung zu sprechen.[10] Es wird der

8. §§ 306, 275 Abs. 2. Motive Bd. II S. 176.

9. Motive Bd. II S. 216. Matthiass Bd. I S. 494.

10. Motive Bd. II S. 216. Petri S. 68, 74. Schöller Bd. 45 S. 538 ff., Bd. 46 S. 2 ff. Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 385. A. M. Titze S. 264, 271. Kisch S. 160 ff

Rücktritt vom ganzen Vertrage daher nur bei mangelndem Interesse an der teilweisen Erfüllung, im übrigen aber nur teilweiser Rücktritt zulässig sein. Der letztere wird allerdings, wie Petri[11] zuzugeben ist, wegen der Unmöglichkeit einer Teilung in qualitativer Richtung oft ausgeschlossen sein.

Das in § 440 dem Käufer gewährte Rücktrittsrecht lässt sich, wie die vorangegangene Untersuchung ergiebt, in allen Fällen aus den allgemeinen Regeln für das gesetzliche Rücktrittsrecht ableiten. Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen die Vorschriften über die Gewährleistung von Rechtsmängeln entsprechende Anwendung finden.[12]

b) wegen Sachmängel.

Ein besonders gestaltetes, gesetzliches Rücktrittsrecht kennt das Bürgerliche Gesetzbuch beim Vorhandensein von Sachmängeln. Es giebt nämlich dem Käufer im § 462 das Recht, die Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) zu verlangen. Die Besonderheit dieses Rücktrittsrechtes zeigt sich bezüglich seinen Voraussetzungen darin, dass es nicht wie das allgemeine Rücktrittsrecht auf ein Verschulden gegründet ist. Mit dieser Regelung schliesst sich das Bürgerliche Gesetzbuch dem römischen Recht an. Dieses gab dem Käufer gegen Sachmängel die actio redhibitoria und die actio quanti minoris nach seiner Wahl, auch wenn nur heimliche, d. h. dem Verkäufer unbekannte Mängel vorhanden waren. Zugleich galten diese ädilizischen Rechtsmittel für die Fälle, für die vorher schon die actio emti bestanden hatte, also bei arglistig verschwiegenen Mängeln und beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Allerdings unterschied sich das römische Recht vom Bürgerlichen Gesetzbuch darin, dass es die

11. Petri S. 70.
12. § 445 B.G.B.

Gewährleistungspflicht für Sachmängel schon vom Momente des Vertragsschlusses statuierte, während das Bürgerliche Gesetzbuch den Zeitpunkt des Gefahrüberganges wählt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich für diesen Zeitpunkt entschieden, um die Untersuchung, ob der Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden gewesen sei, zu vermeiden und damit verwickelte und chikanöse Prozesse abzuschneiden.[13] Im übrigen aber hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem Wandlungs- und ebenso dem Minderungsrecht die gleichen Voraussetzungen wie das römische Recht zu Grunde gelegt; die Rechte sind also gegeben, wenn der Kaufsache zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder wenn sie wesentliche Mängel hat. Ob die letzteren offen oder verborgen sind, ob sie dem Verkäufer bekannt sind oder sein konnten, ob sie Folge eines Verschuldens sind oder ob dies nicht der Fall ist, darauf kommt es nicht an; nur bei Kenntnis des Käufers um den Mangel und bei grobfahrlässiger Nichtkenntnis cessieren sie. Bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers schadet dem Käufer aber selbst grobfahrlässige Unkenntnis nicht.[14] Schon die blosse Thatsache, dass die Kaufsache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben, bildet den Grund für die Zulässigkeit der Wandlung. Diese strenge Haftung des Verkäufers, in der eine entschiedene Abweichung und Erleichterung gegenüber den allgemeinen Rücktrittsvorschriften liegt, beruht auf der Berücksichtigung der

13. v. Kübel Abschn. I, Tit. 2, I, 3, c. Motive Bd. II S. 225 f.

14. B.G.B. §§ 459, 460, 462.

bona fides als der für den Verkehr massgebenden Richtschnur.[15] Im preussischen Landrecht war die Zulässigkeit der beiden ädilizischen Rechtsmittel davon abhängig gemacht, dass der Veräusserer ausser Stande war, dem Fehler abzuhelfen, oder die zugesicherten Eigenschaften nachträglich zu gewähren.[16] Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Hinblick auf die hierin liegende, für die Praxis nicht empfehlenswerte Beschränkung des Käufers diesen Standpunkt verworfen.[16] Indes ist einer Benachteiligung des Verkäufers dadurch vorgebeugt, dass eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Kaufgegenstandes unberücksichtigt bleibt, dass hier also der Wandlungsanspruch dem Käufer nicht zusteht. Auch beim Vorliegen der Wandlungsvoraussetzungen wird der Verkäufer nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Mangels den Wandlungsanspruch des Käufers ausschliessen können;[18] es würde in der Geltendmachung des Wandlungsrechtes trotz Angebot der Mängelbeseitigung zumeist eine chikanöse Rechtsausübung zu finden sein.[19]

Die Rückgängigmachung des Kaufes, wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Wandlung definiert, bedeutet eine Auflösung des Kaufvertrages, wonach die künftigen Verpflichtungen erlöschen und die schon be-

---

15. Bechmann Bd. 2 S. 672 ff.

16. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 68, S. 283.

17. Motive Bd. II S. 227.

18. Matthiass Bd. I S. 498. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverh. S. 15. A. M. Titze S. 304. Schöller, Bd. 46 S. 14. Emerich S. 70. Staub § 377, Anm. 43.

19. § 226 B.G.B.

wirkten Leistungen zurückzugewähren sind. Im Hinblick auf die daraus hervorgehende innere Gleichartigkeit der Wandlung und des Rücktritts hat das Gesetzbuch[20] die meisten Regeln des Rücktritts auf die Wandlung für anwendbar erklärt. Die Abweichungen von jenen Vorschriften sind nicht prinzipieller Natur und nur durch die Bedürfnisse des Verkehrs und durch Häufigkeit des Kaufgeschäftes geboten. Sie beziehen sich zunächst auf die Geltendmachung des Wandlungsrechtes.

Der erste Entwurf[21] hatte dem blossen Verlangen des Käufers nach Wandlung gegenüber dem Verkäufer Wirksamkeit beigelegt; die Wandlung war also durch die einseitige, unwiderrufliche Willenserklärung vollzogen. Die Befugnis des Käufers, durch einseitigen Willensakt die Rechtssphäre des anderen so stark zu beeinflussen, hielt man jedoch mit Recht nicht für zweckdienlich. Beim Rücktritt hebt zwar die blosse einseitige Erklärung den Vertrag auf. Dies erscheint jedoch dort nicht als ein völlig unvorhersehbarer Eingriff, weil das Rücktrittsrecht entweder vertragsmässig ausbedungen oder grundsätzlich nur durch verschuldete Nichterfüllung herbeigeführt wird. Hier aber, wo die Wandlung auch ohne Verschulden der Gegenpartei zustande kommen kann und der Verkäufer von dem Fehler also oft bis zu einer Mitteilung seitens des Käufers nichts wissen wird, wäre durch die Zulassung einer einseitigen Vertragsaufhebung die Rechtssicherheit schwer gefährdet worden, und man hätte damit die Existenz gerade dieser wichtigsten Geschäfte auf thönerne Füsse gestellt. Auf Grund solcher Erwägungen hat man sich für die Konstruktion des Anspruchs entschieden; dadurch dass der Käufer den Wandlungsanspruch, d. h.

20. B.G.B. § 467.
21. Entwurf I § 384.

das Recht, „Rückgängigmachung des Kaufes zu verlangen", erst dem Verkäufer gegenüber geltend machen und nötigenfalls gerichtlich durchsetzen muss, ist die Form eines zweiseitigen Rechtsaktes geschaffen. Die Wandlung ist danach erst vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt;[22] sie spielt sich also in der Form eines Vertragsschlusses ab, indem das Verlangen des Käufers nach Wandlung den Antrag, das Einverständnis des Verkäufers die Annahme bedeutet; eine Vertragsaufhebung durch mutuus dissensus.[23] Die Vorzüge dieser Konstruktion liegen abgesehen von den für die legislative Entschliessung massgebend gewesenen Vorteilen auch darin, dass durch den etwas umständlichen Weg eines Vertrages einem übereilten Handeln seitens des Käufers vorgebeugt wird; ferner wird durch sie ein Zustand der Ungewissheit vermieden, wie er bei einseitiger Aufhebung dadurch möglich ist, dass der Gegner die Voraussetzungen des einseitigen Aufhebungsrechtes nicht für gegeben hält und dann erst durch eine richterliche Entscheidung eine Regelung herbeigeführt wird.[24] Der Verkäufer ist hier bei der Wandlung zwar im Gegensatz zu den sonstigen Vertragsgrundsätzen zu der Annahme des Antrages verpflichtet. Das schliesst indes die Vertragsnatur nicht aus, ist doch z. B. der durch Einwurf eines Briefes mit der Post geschlossene Transportvertrag auch ein solcher, zu dessen Abschluss die Post, wenn die Formerfordernisse erfüllt sind, verpflichtet ist, wie überhaupt das

22. B.G.B. § 465.

23. Dass der Aufhebungsanspruch als solcher nicht bei der Wandlung allein vorkommt, darüber s. Flechtheim S. 67.

24. Flechtheim S. 66.

öffentliche Recht eine ganze Reihe solcher Fälle des Kontrahierungszwanges kennt.[25] Verweigert der Verkäufer die Einwilligung in die Wandlung, so wird er auf die Klage des Käufers, sein Einverständnis zu erklären, dazu verurteilt; mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Willenserklärung als abgegeben.[26] Diese durch die Protokolle,[27] die Fassung des Gesetzes und die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller gestützte Auffassung wird in einem Teil der Litteratur scharf angegriffen.[28] Man wendet sich dagegen, dass der Anspruch auf Wandlung als der Anspruch auf Zustimmungserklärung des Verkäufers angesehen wird; man will vielmehr unter ihm den Rückgewährsanspruch verstanden wissen, der nicht nur durch den Vertragsschluss, sondern auch durch einfache Klage auf Rückgabe und Zurücknahme, oder durch Einrede geltend gemacht werden könne. Die Gründe für diese Auffassung sind vorwiegend prozessualer Natur. Eine Kumulation der Klagen auf die Zustimmungserklärung und auf Rückgewähr sei ausgeschlossen, weil der Rückgewähranspruch erst nach der Rechtskraft des Urteils auf die Zustimmungserklärung d. h. nach der Auflösung des Kaufvertrages erhoben werden könne. Es müssten also zwei Klagen in erheblichem Zeitabstand angestrengt werden, und durch diesen Umweg würde die praktisch so notwendige Beschleunigung

---

25. Windscheid Bd. II S. 659. Matthiass Bd. I S. 386.

26. C.P.O. § 894.

27. Protokolle Bd. I S. 676 ff., 802.

28. Eccius in Gruchot Bd. 43 S. 305ff

Matthiass Bd. I S. 500. Derselbe in der Dtsch. Juristen-Zeitung 1902 S. 205 ff. Staub § 377 Anm. 44 ff. S. auch Werner, im Recht 1902 S. 282 ff.

der Wandlungsprozesse verhindert werden. Abgesehen davon, dass die Ausdrucksweise des Gesetzes deutlich für die dargelegte Auffassung spricht, ist diese auch prozessualisch zu rechtfertigen, indem die Vereinigung der beiden Klagen, auf Zustimmung und auf Realisierung, sehr wohl zulässig ist.[29] Man braucht die Klage auf Realisierung nicht von dem rechtskräftigen Urteil auf Zustimmung abhängig zu machen, so dass sie bis zu demselben nicht erhoben werden darf. Vielmehr lässt sie sich als ein selbständiger Anspruch auf eine künftige Leistung konstruieren;[30] durch die Ablehnung des Wandlungsantrages ist nämlich die Besorgnis nicht rechtzeitiger Erfüllung gerechtfertigt.[31]

Dass das Wandlungsrecht als Anspruch auf Einwilligungserklärung aufgefasst werden müsse, ergiebt auch, wie Eccius [32] sich selbst einwirft, § 479 B.G.B., der nur eine Aufrechenbarkeit des Schadensersatzanspruchs kennt.

Nur für das Wandlungsrecht in diesem Sinne, nicht für die durch die Wandlung entstehenden Rückgabepflichten gelten die Verjährungsfristen des § 477. Es soll innerhalb kurzer Zeit eine Entscheidung darüber erfolgen, ob und nach welcher Richtung sich die Rechtslage verändert. Ist aber durch Vollzug der Wandlung der Anspruch des Käufers festgestellt, so ist nicht einzusehen, warum

---

29. Protokolle Bd. I S. 680. R. d. O.L.G. Bd. IV S. 35 f.

30. C.P.O. § 259.

31. Kuhlenbeck Bd. II S. 260. Vgl. auch Windscheid Bd. I S. 657. Emerich S. 74. Mit anderer Begründung Flechtheim S. 74.

32. Eccius S. 331. Flechtheim S. 73.

die Rückgewährsansprüche nicht den gewöhnlichen Verjährungsgrundsätzen unterliegen sollten.[33]

Schwierigkeiten entstehen der Vertragskonstruktion bei der einredeweisen Geltendmachung der Wandlung, also wenn der Käufer nicht Kläger, sondern Beklagter ist. So lange die Wandlung nicht vollzogen ist, kann Gegenstand der Einrede nur der Anspruch auf Einverständniserklärung sein. Erklärt der Verkäufer auf die Einrede hin freiwillig das Einverständnis, so ist die Wandlung vollzogen und der Kläger wird daraufhin mit der Klage abgewiesen;[34] denn durch die nachträgliche Vollziehung der Wandlung ist die mangelnde Berechtigung des Klaganspruchs erwiesen. Die Einrede der Wandlung erwächst zwar gemäss § 322 C. P. O. nicht in Rechtskraft, indes wird hier der erneuten Geltendmachung eines anderen Rechts, etwa des Minderungs- oder Schadensersatzanspruchs, oder dem nachträglichen Bestreiten der Zulässigkeit der Wandlung durch den Vertragsschluss vorgebeugt.

Erklärt der Verkäufer das Einverständnis in die Wandlung nicht freiwillig, dann sind zwei Wege denkbar. Der eine ginge dahin, dass dann der Käufer gegen die Klage auf die Kaufsumme Widerklage auf den Vollzug der Wandlung erheben muss. In der That wird dieser Standpunkt vertreten. Indes das bedeutete bei einem so häufig wiederkehrenden Falle eine lästige Erschwerung und würde auch dem allgemeinen Rechtsbewusstsein als solche erscheinen. Die Abschaffung der Wandlungseinrede würde ferner auch dem bisherigen Rechtszustande zuwiderlaufen und mit Recht als eine unpraktische Neuerung em-

---

33. Ders. Ans. Emerich S. 76, Windscheid Bd. II S. 657. Titze S. 281, Anm. 54.

34. S. die Fassung der Urteilsformel Flechtheim S. 78 ff.

pfunden werden.[35] Das Gesetz muss dem beklagten Käufer beim Vorhandensein von Sachmängeln ein Defensivmittel geben, das ihm ohne Kosten die Abweisung der Klage in Aussicht stellt, die Wandlungseinrede. Sie stellt sich als der prozessuale Niederschlag des Rechts auf Wandlung dar. Es entsteht nun die Frage nach der Wirksamkeit dieser Einrede. Aus § 478 geht argumento e contrario hervor, dass das „auch nach der Verjährung" des Wandlungsanspruchs gegebene Recht der Verweigerung auch vor Verjährung des Anspruchs vorhanden sein muss. Hieraus folgt, dass die Wandlungseinrede, die Geltendmachung des Verweigerungsrechts, wenn sie vom Richter als begründet festgestellt wird, lediglich die Abweisung der Klage herbeiführt. Damit ist aber die Wandlung nicht etwa vollzogen, denn eine die Einwilligungserklärung des Verkäufers gemäss § 894. C. P. O. ersetzende Entscheidung ist nicht ergangen und eine Feststellung der Einrede in den Gründen des Urteils vermag die Wirkung des § 894 C. P. O. nicht hervorzurufen.[36] In einer Abweisung offenbart sich nun allerdings auch die vollzogene Wandlung, aber sie ist da eine Folge der Auflösung des Vertrages, nicht der Geltendmachung des Wandlungsanspruchs.[37] Hier ist die Abweisung die einzige Folge der Ausübung des Wandlungsrechts, im Falle der vollzogenen Wandlung ist sie nur eine der Folgen der Vertragsaufhebung. Darum kann § 478 nicht als besondere Stütze für die Konstruktion des einseitigen Wandlungsrechts benutzt werden.

---

35. Protokolle Bd. I S. 674.

36. Vgl. auch Werner im „Recht" 1902, S. 338.

37. S. auch Planck § 478, Anm. 3. Flechtheim S. 91. Trotzdem die Wandlung mit der Abweisung des Anspruchs

Die Gegner der Vertragskonstruktion wollen in dieser Vorschrift die Bestätigung für ihre Annahme finden, dass die Wandelung nicht nur durch Vertrag zu stande komme; das Gesetz habe in § 478 eine Einrede der Wandelung ohne Vollzug durch Vertrag gewährt. Das ist allerdings zuzugeben; es ist meines Erachtens jedoch unrichtig, diese Einrede mit dem Vollzug der Wandelung in Beziehung zu setzen. Die Wandelungseinrede macht nur das Recht auf Wandelung geltend; es ist, selbst wenn ihr zufolge der Verkäufer mit der Klage auf die Kaufsumme abgewiesen wird, keineswegs die Wandelung vollzogen. Der innere Grund der Vorschrift des § 478 ist vielmehr folgender: Die Vollziehung der Wandelung kann nur innerhalb der kurzen Verjährungsfrist erfolgen. Andererseits konnte man den Käufer aber nicht ohne Schutz lassen, wenn er das seinerseits zur Wandelung Erforderliche gethan und der Verkäufer, möglicherweise böswillig, die Zustimmung innerhalb der Frist verweigert hatte. Dem Käufer die Möglichkeit zu nehmen, nach Ablauf der Verjährungsfrist seinen Wandelungsanspruch einredeweise geltend zu machen, würde, wie die Denkschrift[38] ausdrücklich betont, eine unbillige Härte gegen ihn bedeuten; „denn so lange der Verkäufer nicht den Kaufpreis verlangt, hat der Käufer der Regel nach keinen Anlass, seinerseits zur Klage zu schreiten und dadurch die Verjährung seiner Ansprüche zu unterbrechen.“ Aus diesen Gründen wurde die vor Verjährung des Wandelungsanspruchs gegebene Einrede

auf den Kaufpreis nicht vollzogen ist, wird der Käufer einer späteren Geltendmachung des Anspruchs seitens des Verkäufers durch die Einrede der Rechtskraft begegnen können. Damit ist im Ergebnis die Wandlung vollzogen. Vgl. auch Werner im „Recht“ 1902, S. 338.

38. Denkschrift S. 96.

perpetuiert.[39] Der § 478 stellt sich also als eine von Billigkeitsrücksichten diktierte Ausnahmevorschrift dar, die schon darum gänzlich ungeeignet ist, als Argument gegen die Vertragskonstruktion zu dienen. Für diese Auslegung des § 478 spricht unwiderleglich seine Fassung; wenn der Käufer unter den angegebenen Voraussetzungen die Zahlung insoweit verweigern darf, als er es auf Grund der Wandelung könnte, so beweist das doch, dass hier keine Wandelung vorliegt. Der Gesetzgeber hat in dem Verweigerungsrecht nicht einen Wandelungseinwand d. h. eine Berechtigung zur Leugnung des Klagegrundes auf Grund der vollzogenen Wandelung erblickt. Nur ein solcher könnte jedoch bei der Bekämpfung der Vertragskonstruktion in Frage kommen.[40] Das Verweigerungsrecht des § 478 bedeutet nur die Geltendmachung des Rechts auf Wandelung, nicht aber der schon vollzogenen Wandelung, und ist darum als Argument für die Vollziehung der Wandelung schlechthin unverwendbar.[41] Es ist umgekehrt aus der Formulierung des § 478 zu folgern, dass die Wandelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur durch Vertragsschluss vollzogen werden kann.[42]

Mit der Vertragsnatur der Wandelung erreicht man im Gegensatz zu der im ersten Entwurf[43] normierten Unwiderruflichkeit, dass der Käufer bis zur Annahme des Wandelungsantrages seinen Entschluss wechseln kann. Er ist nicht gemäss § 145 an seinen Wandlungsantrag gebunden, wie überhaupt die Vorschriften des Vertrages auf dieses Vertragsverhältnis nicht volle

39. Protokolle Bd. I S. 676, 681.

40. Flechtheim S. 91, Anm. 53.

41. Anscheinend ders. Ans. Schöller Bd. 46 S. 20, Anm. 21.

42. So auch Titze S. 280 f.

43. Entwurf I, § 384.

Anwendung finden können.[44] Das Wahlrecht steht ihm also bis zur Vollziehung der Wandelung zu, er kann bis dahin statt der gewählten Wandelung zur Minderung greifen oder beim Vertrage stehen bleiben. Im Falle der Klage auf Zustimmung hat er bis zum rechtskräftigen Urteil das ius variandi. Mit der Rechtskraft des Urteils aber ist die Wandelung vollzogen.[45] Das Recht des Käufers, bis zum Vollzug der Wandelung seine Entscheidung noch zu ändern, wird für ihn dann besonders von Vorteil sein, wenn er nach dem Wandelungsverlangen eine Vermögensverschlechterung des Verkäufers in Erfahrung gebracht hat, und z. B. durch dessen Konkurs stark geschädigt werden würde.[46] Denn er wäre, da der Kaufpreis in das Eigentum des Verkäufers übergegangen ist, nur Konkursgläubiger, müsste sich also mit dem den Konkursgläubigern zugebilligten Prozentsatze begnügen, andererseits aber die empfangene Kaufsache ganz herausgeben. Ebenso wird der Käufer von dem Wandelungsanspruche abstehen, wenn er, bevor der Verkäufer den Wandelungsantrag angenommen hat, den Untergang oder die wesentliche Verschlechterung des Kaufgegenstandes verschuldet hat, und er bei der daraus für ihn entstehenden Schadensersatzpflicht ungünstiger fahren würde als bei einem anderen Rechte.

---

44. Matthiass Bd. I S. 499. Windscheid Bd. II S. 659. A. M. Planck, § 465 Anm. 1. Titze S. 282. Vgl. auch Werner im „Recht“ 1902 S. 282 ff., 338 ff., der unter „Rückgängigmachung des Kaufes“ die beiderseitige Rückleistung und Aufhebungserklärung verstanden wissen will, derart, dass die Pflicht zur Rückleistung nicht erst aus einem etwaigen „Aufhebungsvertrage“, sondern unmittelbar aus § 462 B.G.B. folge, dass aber der Vollzug der Wandlung erst mit der zur Rückleistung hinzutretenden beiderseitigen Einwilligung in die Vertragsaufhebung gegeben sei.

45. So auch Titze S. 282 Anm. 56.

46. Denkschrift S. 61.

Zu der Formulierung der Wandelung als Vertrag bezw. des Wandelungsrechtes als Anspruchs drängte auch das Bestreben, den Käufer in der Ausübung des Wandelungsrechtes zeitlich zu beschränken;[47] der Verkäufer sollte nicht durch die Möglichkeit einer Wandelung dauernd in Ungewissheit bleiben. Hätte man nun betreffs der Ausübung die Regeln des vertragsmässigen Rücktritts angewandt, so wäre der Verkäufer bei der Unverjährbarkeit des einseitigen Rücktrittsrechts immer in Gefahr gewesen, den festen Kaufabschluss rückgängig gemacht zu sehen. Hätte der Gesetzgeber nun auch, wie von den Verteidigern des einseitigen Wandelungsrechts verlangt wurde, die Perpetuierung des letzteren durch eine Präklusivfrist beseitigt, so wäre jedenfalls die Anwendbarkeit der Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung, die doch gerade bei so wichtigen Verkehrsgeschäften grosse Bedeutung hat, unthunlich gewesen. Denn die Verjährungsgrundsätze finden nach § 194 nur auf Ansprüche Anwendung. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung auf die Befristung hätte jedoch gegen das rechtliche Wesen der letzteren verstossen; eine so gestaltete Präklusivfrist wäre nur eine versteckte Verjährungsfrist gewesen. Da für den Schadensersatzanspruch aus § 463 die Verjährungsfrist hätte bestehen bleiben müssen, so wäre durch diese rechtlich verschiedenen Fristen eine unnötige Komplikation in die Regelung der Gewährleistung wegen Sachmängel hineingebracht worden. Aus solchen Gründen hat der Gesetzgeber die Verjährungsgrundsätze anwenden und damit zugleich die Anspruchsform wählen zu müssen geglaubt.[48]

47. Motive Bd. II S. 238. Protokolle Bd. I S. 676, 680 f. Titze S. 281 Anm. 54.

48. Motive a. a. O. Protokolle a. a. O. Emerich S. 78.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den bisherigen schon im römischen Rechte herrschenden Rechtsanschauungen Rechnung getragen, indem es für das Wandelungsrecht kurze Verjährungsfristen aufgestellt hat. Dasselbe unterliegt, vorbehaltlich der dreissigjährigen Verjährung bei arglistigem Verschweigen, einer Verjährung von 6 Monaten bei beweglichen, von einem Jahre bei unbeweglichen Sachen. Durch diese kurzen Fristen ist im Interesse des Verkäufers die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln auf nicht allzu lange Zeit hinausgeschoben und das späte, für den Verkäufer ungemein lästige Zurückgreifen auf solche Mängel verhindert.[49] Die kurze Verjährung der Ansprüche des Käufers giebt dem Verkäufer zugleich ein Aequivalent dafür, dass der Käufer nach den Regeln des B.G.B. zur Untersuchung der Kaufsache nach Empfangnahme nicht verpflichtet ist.[50] Dennoch bieten die Verjährungsfristen dem Verkäufer nicht immer genügenden Schutz. Sie erzwingen zwar vom Käufer eine verhältnismässig rasche Entschliessung und befreien den Verkäufer von der peinlichen Ungewissheit, in der er sich durch die Wahlbefugnisse des Käufers befindet. Indes die Frist von sechs Monaten bezw. von einem Jahr kann unter Umständen noch zu lang sein, und es wird oft im Interesse des Verkäufers liegen, schon eher über das vom Käufer gewählte Recht im klaren zu sein. Es kann ihm aus Furcht vor der Spekulationssucht des Käufers eine baldige Entscheidung erwünscht sein, damit der Käufer nicht je nach der Konjunktur wählen und wechseln könne wie es ihm beliebt.[51] Diesen Bedürfnissen kommt in Analogie mit § 355 B.G.B. der

49. Motive a. a. O.
50. Emerich S. 76.
51. Dernburg, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 59.

§ 466 entgegen, indem der Verkäufer den Käufer, sobald dieser ihm gegenüber einen Mangel behauptet hat, unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern kann, ob er Wandelung verlange. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist hat der Käufer dann sein Recht auf Wandelung unwiederbringlich verloren.[52] Die Befürchtung Schollmeyers,[53] dass der Käufer diese für den Verkäufer günstige Vorschrift durch Nichtanzeige des Mangels umgehen könne, um die volle Verjährungsfrist für seine Entscheidung zur Verfügung zu haben, verliert an Stärke, wenn man bedenkt, dass der Käufer durch eine Anfrage zur Mitteilung angehalten werden kann,[54] und dass dann beim Vorhandensein eines Mangels schon sein Schweigen als Antwort auf die Anfrage, also als Voraussetzung für die Fristsetzung wird gelten dürfen.

Bis auf die §§ 349 und 355, an deren Stelle infolge der Struktur der Wandelung analog die §§ 465, 466 treten, gelten die Vorschriften über die Ausübung des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes auch hier. Es bestehen also für die Wandelung dieselben Ausschliessungsgründe wie dort. Allerdings ist die Wandelung trotz einer Umgestaltung dann zugelassen, wenn sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat. Diese Vorschrift wird man wohl auch auf den Fall ausdehnen müssen, dass der Mangel sich nach der

52. Kommt die Wandlung in diesem Falle dagegen zustande, so liegt in diesem Vertragsschluss das Korrelat zu dem nach § 465 vollzogenen; der Antrag geht hier vom Verkäufer aus.

53. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse nach dem B.G.B. S. 16.

54. Planck § 466. A. M. anscheinend Emerich S. 76.

Umgestaltung zeigt.[55] Es entspricht der Billigkeit, dass der Käufer das Recht auf die Wandelung, das von dem Sachmangel abhängt, nicht verliere, wenn er den Mangel erst bei oder nach der Umgestaltung hat entdecken können. Fraglich ist es, wie sich die Anwendung des § 354 B.G.B. beim Kauf gestaltet. Der Verkäufer kann dem Käufer, der mit der Rückgewähr nach vollzogenem Wandlungsvertrage in Verzug kommt, eine Frist bestimmen mit der Erklärung, dass er nach ihrem fruchtlosen Ablauf die Annahme der Kaufsache ablehne. Mit dem Eintritt dieses Zeitpunktes wird die Wandelung unwirksam.[56] Welcher Rechtszustand tritt nun bei der Unwirksamkeit der Wandelung ein? Es ist wohl anzunehmen, dass der Käufer mit dem Kaufe jetzt zufrieden sei. Die Ansicht Plancks,[57] dass der Käufer in den vor der Vollziehung der Wandelung bestehenden Zustand zurückversetzt werde, ist deswegen nicht anzuerkennen, weil dem Käufer damit Gelegenheit gegeben wäre, aus der Lage des Verkäufers Vorteile zu ziehen. Denn wenn der Preis der Ware inzwischen gestiegen wäre, und der Käufer sich von der Minderung mehr Nutzen als von der vollzogenen Wandelung verspräche, so könnte er sich absichtlich in Verzug bringen und damit von neuem Minderung verlangen. Das widerspricht aber offenbar der ratio legis, die dem § 354 zu Grunde liegt. Besondere Vorschriften sind noch gegeben für einige Fälle, die dem Kauf eigentümlich sind. Sind von mehreren Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann analog dem teilweisen Rücktrittsrecht nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, es sei denn, dass

55. Dernburg, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 61.
56. B.G.B. § 354.
57. Planck § 467, Erl.-g.

sie alle als zusammengehörende, ein Ganzes bildende Stücke verkauft sind.[58] Dieses teilweise Wandelungsrecht erfüllt ähnliche Zwecke für den Kauf wie das oben behandelte, gesetzlich nicht geregelte teilweise Rücktrittsrecht im allgemeinen. Ferner erstreckt sich die Wandelung der Hauptsache auch auf die Nebensache. Die Wandelung kann auch nach einer schon geschehenen Minderung erfolgen, wenn sich nach der Minderung ein neuer Mangel zeigt.

In den Wirkungen stimmt die Wandelung vollkommen mit dem Rücktritt überein; alle Regeln über die Wirkung des vertragsmässigen Rücktritts gelten auch hier. Der Vertrag wird ex tunc aufgehoben und es entsteht ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis auf Rückgewähr des Empfangenen. Nur darin zeigt sich ein Unterschied des Wandlungsanspruchs gegenüber dem Rücktrittsrecht, dass er, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 469, ein unteilbarer Anspruch ist, sich also stets auf das gesammte Rechtsgeschäft bezieht, ohne dass etwa erst das mangelnde Interesse bewiesen werden müsste[59]. Ausserdem besteht bei der Wandelung noch die Pflicht des Verkäufers zum Ersatze der Vertragskosten; hat die Sache die regelmässigen oder die auf Grund einer Zusicherung erwarteten Eigenschaften nicht, so sollen dem Käufer, der nach der allgemeinen Verkehrsanschauung zur Untersuchung der Sache nicht verpflichtet ist, nicht noch die Kosten des Vertrages erwachsen, und er ist befugt, diese als ausserkontraktlichen Ersatzanspruch geltend zu machen. Das Gesetz ist hier dem praktischen Bedürfnis entgegengekommen und hat den im übrigen streng beobachteten Grundsatz, Schadensersatz neben Rücktritt nicht zu gewähren, durchbrochen.

58. B.G.B. § 469.

59. Emerich S. 74 Anm. 2. Kisch S. 194.

Ein Schadensersatzanspruch aus dem Vertrage ist auch hier wie beim Rücktritt naturgemäss ausgeschlossen, ohne dass indes dem Käufer der Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen, wie er sich aus § 347 ergiebt, vorenthalten werden könnte[60].

Man kann die Gewährleistung wegen Sachmängel auch unter dem Gesichtspunkte einer teilweisen Unmöglichkeit betrachten. Denn eine solche liegt in der Leistung mangelhafter Sachen. Soweit die Unmöglichkeit unverschuldet ist, schliessen die Gewährleistungsgrundsätze die Rechte aus § 323 aus. Bei verschuldeter teilweiser Unmöglichkeit stehen dagegen dem Käufer neben der Wandelung auch die Rechte aus § 325, Abs. 1 S. 2 zur Wahl. Da eine Teilung etwa in Leistung und Mängellosigkeit indes undenkbar ist, wird von einem teilweisen Rücktritt nicht die Rede sein können; dagegen ist der Rücktritt vom ganzen Vertrage bei mangelndem Interesse zulässig.[61] Es ist offenbar, dass das Rücktrittsrecht neben dem Wandelungsrecht nicht zwecklos ist. Ist dem Käufer an der Rückgängigmachung des Kaufs gelegen, andererseits aber das Wandelungsrecht bereits verjährt, so ist der Käufer auf den Rücktritt angewiesen.

Das Recht auf Wandelung ist im Bürgerlichen Gesetzbuche sowohl bei Spezieskäufen als auch bei Gattungskäufen gegeben.[62] Im gemeinen Rechte war die Zulässigkeit der ädilizischen Klagen bei Gattungskäufen bestritten; man hielt in der Annahme, dass die Lieferung fehlerhafter Sachen als Nichterfüllung zu betrachten sei, die actio emti auf Erfüllung für gegeben. Im Bürgerlichen Gesetzbuch

60. §§ 467, 347 B.G.B.

61. Planck, § 459 Anm. 1a. Kisch S. 194 f. Schöller Bd. 46 S. 20 ff. Emerich S. 69. A. M. Titze S. 276.

62. B.G.B. § 480.

konkurriert bei Gattungskäufen mit dem Wandelungs- und Minderungsanspruch elektiv noch ein drittes Recht, das Recht, die Lieferung mangelfreier Sachen statt der mangelhaften zu fordern. Auf diesen Nachlieferungsanspruch finden die Vorschriften der Wandelung bezw. des vertragsmässigen Rücktritts entsprechende Anwendung: an Stelle der Pflicht zur Rückgewähr des Empfangenen entsteht für den Verkäufer die Pflicht zur Nachlieferung. Trotz der Anwendung der Rücktrittsvorschriften ist hier ebenso wenig wie oben in den Fällen des Schadensersatzes der §§ 280, 283 286 von einem gesetzlichen Rücktrittsrechte zu reden; denn es wird die Lieferung mangelfreier Sachen ja gerade auf Grund des brstehenden Kaufvertrages verlangt.[63]

c) wegen Mängel beim Viehkauf.

Für die Wandelung beim Viehkauf sind im allgemeinen die Vorschriften über die Wandelung für anwendbar erklärt,[64] soweit nicht Modifikationen geboten sind. Diese beziehen sich vor allem auf die Voraussetzungen der Wandelung. Die Wandelung — die übrigens mit Rücksicht auf die Unsicherheit der Feststellung der Wertminderung allein und nicht neben der Minderung gegeben ist — ist nur statthaft, wenn bestimmte Fehler (Hauptmängel) vorhanden sind, und diese sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen.[65] Alsdann ist es aber im Gegensatz zu § 459 gleichgültig, ob diese Mängel den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Sind Eigenschaften zugesichert, so bleibt dem Käufer auch das Recht auf Schadensersatz

63. So auch Emerich S. 68. Matthiass Bd. I 506. Staub § 377 Anm. 83. Motive Bd. II S. 242.
64. B.G.B. § 481.
65. B.G.B. § 487.

aus § 463. Für die Ausübung des hier in Frage stehenden Wandelungsrechtes besteht die Besonderheit, dass die für das allgemeine Rücktrittsrecht und die Wandelung bestehenden Ausschliessungsgründe der §§ 351—53 beim Viehkaufe nicht Geltung haben. Es kann also trotz der dort genannten Umstände gewandelt werden, nur dass an die Stelle der Rückgewähr der Kaufsache ihr Wert tritt. Die Verjährungsfrist ist im Interesse des Verkäufers auf sechs Wochen verkürzt, innerhalb deren der Käufer seinen Wandelungsanspruch wegen der in der Gewährfrist festgestellten Mängel geltend machen muss.[66]

d) wegen Mängel bei kaufähnlichen Geschäften.

Da die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Sachmängel auch auf den Tausch und auf andere Verträge Anwendung finden, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, so ist bei diesen kaufähnlichen Geschäften neben dem allgemeinen, für alle gegenseitigen Verträge gültigen gesetzlichen Rücktrittsrechte die Wandelung zulässig.[67]

2. Beim Werk- und Werklieferungsvertrag.

§ 14.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt beim Werkvertrage ein doppeltes Rücktrittsrecht, das eine im engen Anschluss an die Wandelung beim Kauf, das andere unter Zugrundelegung des gesetzlichen allgemeinen Rücktrittsrechtes des § 327 B.G.B.

Das erstere, selbst Wandelung genannt, ist der Wandelung beim Kaufe nachgebildet; es steht dem Besteller zu, wenn das Werk nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, oder wenn es mit Fehlern behaftet

66. B.G.B. § 490.
67. B.G.B. § 493, 515. Vgl. auch §§ 365, 2182.

ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.[1] Ein Verschulden ist wie beim Kauf nicht notwendige Voraussetzung. Es kommt ferner nicht darauf an, ob die Ablieferung des Werkes schon erfolgt ist. Betreffs Ausübung und Wirkung finden die Vorschriften der Wandelung beim Kauf entsprechende Anwendung. Das Recht der Wandelung ist hier wie beim Kauf bei unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht gewährt.[2] Im Gegensatz zum Kauf steht das Recht auf Wandelung aber beim Werkvertrag dem Besteller nicht sofort mit dem Erscheinen des Mangels zu; vielmehr muss der Besteller, bevor er wandeln kann, dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und deren fruchtlosen Ablauf abwarten. Ist dies geschehen, dann steht ihm das Wandlungsrecht zu; andererseits ist ihm analog dem Erfüllungsanspruch der Anspruch auf Beseitigung des Mangels genommen. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz des Unternehmers vor unnötiger Chikane und Schädigung und erweist sich dadurch als eine wohlwollende Fürsorge für ihn, wird er doch in vielen Fällen den Mangel an dem von ihm hergestellten Werke noch beseitigen können. Das Wandlungsrecht aus § 634 entfällt, wenn der Besteller bei Abnahme des Werkes den Mangel kennt, es sei denn, dass er sich das Recht bei der Abnahme vorbehält. Vorbehaltlose Annahme schliesst also das Wandlungsrecht nicht aus, wenn die Fehler nur erkennbar oder voraussehbar, nicht aber bekannt waren.[3] Das Wandlungsrecht ver-

1. B.G.B. § 633.
2. B.G.B. §§ 634 Abs. 3, 459.
3. Fischer-Henle § 640 Anm. 3. Matthiass Bd. I S. 593.

jährt, vorbehaltlich der dreissigjährigen Frist bei arglistigem Verschweigen, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren von der Abnahme des Werkes ab. Eine vertragsmässige Verlängerung der Verjährungsfrist ist hier, wie beim Kauf, zugelassen. Der an Stelle der Wandelung zulässige Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist hier nicht auf die engen Voraussetzungen des § 463 beschränkt, sondern allgemein bei Verschulden gegeben. Auch er tritt gleich dem Anspruch aus § 463 neben, nicht an die Stelle der Erfüllung.[4]

Das einseitige Rücktrittsrecht des § 636 B.G.B. ist statuiert aus der Erwägung, dass der Besteller bei nicht rechtzeitiger Herstellung oft ein Interesse daran hat, vom Vertrage abzugehen, und dass die gewöhnlichen Rechtsbehelfe in diesem Falle nicht ausreichen. Denn der Besteller müsste, wenn der Unternehmer nicht rechtzeitig liefert, erst auf Herstellung klagen und könnte erst auf Grund der Versäumung der nach dem rechtskräftigen Urteil gesetzten Frist oder nur bei verschuldeter Unmöglichkeit oder Verzug zurücktreten. Es ist indes offenbar, dass die verspätete Erfüllung für den Besteller oft keinen Wert mehr haben wird. Hier soll es daher auf ein Verschulden, wie es grundsätzliche Voraussetzung des allgemeinen Rücktrittsrechtes ist, nicht ankommen; man musste mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse[5] und auf die Schwierigkeit des Nachweises der schuldhaften Verzögerung das Rücktrittsrecht hier auch auf die unverschuldete Nichterfüllung ausdehnen. Andererseits empfahl es sich hier wie bei der ebenfalls von einem Verschulden unabhängigen Wandelung beim Werkvertrage,

4. §§ 634, 635, 638, 477 B.G.B.
5. Motive Bd. II S. 483 ff.

das Rücktrittsrecht wieder erst nach Setzung einer angemessenen Frist und deren fruchtlosem Ablauf zu gewähren. Mit dem Fristablauf ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.[6] Allerdings darf die Fristsetzung unterbleiben, „wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.“[7] Denn damit entfällt die Voraussetzung für die Fristsetzung, nämlich das noch vorhandene Interesse des Bestellers. Der Erfüllungsanspruch besteht dann bis zur Erklärung des Rücktritts. Die Härte, die in der Gewährung des Rücktrittsrechtes für den Fall der unverschuldeten Nichterfüllung liegt, wird durch die Fristsetzung bedeutend gemildert, bleibt doch dem Unternehmer genügend Zeit, den Rücktritt durch Fertigstellung des Werkes zu verhindern. Andererseits soll aber auch der Besteller, wenn der Unternehmer die Frist ohne Erfüllung seiner Vertragspflichten verlaufen lässt, durch einseitige Rücktrittserklärung die Aufhebung des Werkvertrages herbeiführen können. Damit ist eine gerechte und den Interessen beider Teile dienende Regelung erreicht. Dass dem Besteller bei Verzug des Unternehmers auch die nach den allgemeinen Grundsätzen des § 326 zustehenden Rechte gegeben sind, ist nur der Deutlichkeit und des Gegensatzes wegen hinzugefügt.[8] Ein Unterschied zwischen dem Rücktritt wegen Verzuges und dem wegen Verzögerung der Leistung wird sich, abgesehen von der Frage des Verschuldens, in der Herausgabe-

6. §§ 636 Abs. 1 S. 1, 634 Abs. 1, letzter Halbsatz.
7. B.G.B. §§ 634 Abs. 2, 636, Abs. 1.
8. So auch Schöller Bd. 46 S. 31.

pflicht zeigen; beim Verzug hat der Unternehmer gemäss den §§ 326, 346 ff. B.G.B. den status quo ante herzustellen, bei unverschuldeter Verzögerung dagegen treten die Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in Wirksamkeit.[9] Dieser neue Fall der milderen Haftung beim unverschuldeten Rücktritt tritt neben den schon oben behandelten des §325 Abs. 2. Im Falle des § 636 steht dem Besteller nur das Rücktrittsrecht zu, beim Verzuge dagegen auch der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Fernerhin weichen die beiden Rücktrittsrechte darin von einander ab, dass beim teilweisen Verzuge der Rücktritt vom ganzen Vertrage nur unter der Voraussetzung des mangelnden Interesses statthaft ist, beim Werkvertrag aber auch schon teilweise nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes das Rücktrittsrecht vom Vertrage gewährt.[10] Natürlich kann der Besteller, anstatt sich auf die Rechte aus § 326 zu berufen, im Falle des Verzuges auch das Rücktrittsrecht aus § 636 wählen, denn er darf bei verschuldeter Nichterfüllung nicht weniger Rechte haben als bei unverschuldeter.

Beim Werklieferungsvertrag gestaltet sich das Rücktrittsrecht wegen Sachmängel verschieden, je nachdem eine vertretbare oder eine unvertretbare Sache herzustellen ist. Im ersten Falle tritt die Arbeitsleistung hinter der Lieferung zurück, das Geschäft ist desbalb als Kauf anzusehen. Die Vorschriften über den Kauf finden ausnahmslos Anwendung;[11] die Wandelung steht daher dem Besteller unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Kaufe zu. Handelt es sich um Herstellung einer unvertret-

9. B.G.B. § 327 Satz 2.

10. §§ 326 Abs. 1 S. 3, 636, Abs. 1. Schöller Bd. 46 S. 32 und die dort Genannten.

11. B.G.B. § 651.

baren Sache, so ist auch dieser Vertrag grundsätzlich als Kauf zu behandeln, es kommen jedoch wegen der inneren Verwandtschaft dieses Geschäftes mit dem Werkvertrage die Kaufvorschriften nur beschränkt zur Anwendung. So gelten für Rechtsmängel die Vorschriften des Kaufes, für Sachmängel die Regeln des Werkvertrages.

Auch hier beim Werk- und Werklieferungsvertrage ist wiederum darauf hinzuweisen, dass die besonderen Rücktrittsrechte der §§ 634, 636 das allgemeine Rücktrittsrecht nicht ausschliessen, vielmehr ihm auch Raum lassen, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind. Das Gesetz bestätigt in § 636 Abs. 1, S. 2 in Ansehung des Verzuges ausdrücklich diese Auffassung. Das allgemeine Rücktrittsrecht wird besonders dann von Vorteil sein, wenn die kurze Verjährungsfrist für Wandlung und Schadensersatz bereits abgelaufen ist.[12]

---

12. Planck §§ 634 Anm. 1. Vorbem. z. §§ 633 ff Anm. 4. Emerich S. 71. Schöller Bd. 46 S. 30 f. A. M. Titze S. 305 ff.

Zweiter Abschnitt.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei nichtobligatorischen Verträgen.

1. Beim dinglichen Vertrage.

§ 15.

Die bisherigen Darlegungen hatten das Rücktrittsrecht des B.G.B. im technischen Sinne, d. h. das Rücktrittsrecht beim Schuldvertrage zum Gegenstande. In ihm liegt die grosse Bedeutung des Rücktrittsrechts für das Verkehrsleben und alle Betrachtungen über das Rücktrittsrecht werden auf diesen Teil der Rücktrittslehre das Hauptgewicht legen müssen. Das Gesetz gewährt jedoch auch bei nicht obligatorischen Verträgen ein Rücktrittsrecht. Dass es im B.G.B. solche Verträge giebt, unterliegt keinem Zweifel; das ergiebt teilweise schon die Terminologie des Gesetzes — vergl. den Ehe-, Erbvertrag —, inbesondere aber der Umstand, dass die massgebenden Vorschriften über Verträge[1] nicht dem Recht der Schuldverhältnisse, sondern dem allgemeinen Teile des B.G.B. zugewiesen sind. Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei diesen nichtobligatorischen Verträgen hat gegenüber dem bei Schuldverträgen gewährten Rücktrittsrecht eine untergeordnete Bedeutung, weil es nur ein engbegrenztes, spezielles Anwendungsgebiet beherrscht und weil überhaupt die nichtobligatorischen Verträge im Leben

1. §§ 145—157 B.G.B.

und in der Rechtsordnung den Schuldverträgen an Wichtigkeit weit nachstehen.

Das B.G.B. kennt in der „Einigung" der §§ 873, 925, 929, 1205, wie die Materialien unstreitig ergeben, und wie auch die Litteratur des Gesetzes fast übereinstimmend annimmt, einen sachenrechtlichen, dinglichen Vertrag.[2] Er hat die Begründung bezw. Aenderung eines dinglichen Rechtes zum Gegenstande und kommt durch den Zusammenschluss der beiden Parteierklärungen zustande, die die Bewilligung der Rechtsbegründung oder Rechtsänderung bezw. die Annahme dieser Bewilligung enthalten. Es fragt sich, ob dieser dingliche Vertrag, der demnach nur als Leistungsgeschäft sich darstellt und nicht etwa auf Begründung einer Leistungspflicht abzielt, einen Rücktritt zulässt. Man wird diese Frage, wenn man das Rechtsverhältnis rein begrifflich betrachtet, ohne weiteres bejahen müssen. Jeder Vertrag muss sich lösen lassen.

Der dingliche Vertrag oder, wie das Gesetz sagt, die Einigung ist allein nicht imstande, eine Rechtsänderung herbeizuführen. Vielmehr muss hierzu noch ein zweites, äusserlich sichtbares, reales Moment hinzutreten, die Eintragung ins Grundbuch bei unbeweglichen, die Uebergabe bei beweglichen Sachen. Sind beide Erfordernisse, Einigung und Eintragung bezw. Uebergabe erfüllt, dann ist die Rechtsänderung vollzogen. Mit diesem Augenblicke ist die Einigung für beide Parteien bindend, ein einseitiges Abgehen von ihr ist ausgeschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkte dagegen ist das Abgehen von dem dinglichen Ver-

2. Vgl. hierzu und zum Folgenden Motive Bd. III S. 7 ff. Protokolle Bd. III S. 56 ff. Planck Buch III S. 14 ff, 179 f. Matthiass Bd. II S. 22. Cosack Bd. II S. 24 ff. Fuchs S. 38 ff., 56 ff. Predari Teil I S. 108 ff. Engelmann S. 490.

trage jederzeit gestattet. Für das Immobiliarsachenrecht aber bestimmt das Gesetz, dass die Bindung schon vor der Eintragung eintritt, „wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem andern Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.“[3]

Gäbe also für den Fall der vollzogenen Rechtsänderung der eine Teil die Erklärung ab, dass er sich an die Einigung nicht gebunden halte, so wäre dieselbe rechtlich irrelevant. Die Rechtsänderung kann nicht, nachdem sie eingetreten, durch die einseitige Erklärung einer Vertragspartei rückgängig gemacht werden. Es würde sonst jede Rechtssicherheit schwinden. Und ebenso wäre jene Erklärung unwirksam, wenn eine der Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 vorliegen würde. Der Erwerber kann, weil dann die Einigung, durch einen öffentlichen Akt festgestellt, bindende Kraft hat, aus der Einigung, und ohne auf das kausale Geschäft zurückgreifen zu müssen, trotz der Erklärung des Berechtigten, vom Vertrage abzugehen, gegen diesen auf die nach § 19 der Grundbuchordnung erforderliche Bewilligung klagen, soweit nicht die Bewilligung schon in den durch § 873 Abs. 2 bestimmten Formen enthalten ist.[4] Liegen aber die eben gedachten Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 nicht vor, so führt auch hier die Einigung — dies ist als argumentum e contrario aus § 873 Abs. 2 zu folgern — wie bei beweglichen Sachen bis zum Voll-

3. § 873 Abs. 2 B.G.B.

4. Fuchs S. 64 ff. A. M. Predari S. 116.

zuge der Rechtsänderung keine Bindung herbei; es besteht also auch hier das Recht, vom Vertrage abzugehen. Haben wir nun in dieser Befugnis ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu erblicken?

Es wird in der Litteratur des B.G.B. für diesen Fall fast ausnahmslos von einem „Widerruf" gesprochen. Zuvörderst ist die Auffassung abzulehnen, als ob es sich hier um einen Widerruf handle, wie wir ihn oben in § 3 für den Bereich dieser Abhandlung bereits ausgeschieden haben, nämlich um einen Widerruf zu dem Zwecke, um einem rechtlichen Geschehen vorzubeugen. Ein Widerruf in diesem Sinne wäre nur vom Standpunkt der von Windscheid begründeten, vom ersten Entwurf[5] angenommenen Auffassung möglich, wonach die Uebergabe zum dinglichen Vertrage selbst gehört, nur dessen Form ist, während die Einigung lediglich Vertragsinhalt bildet. Denn dann wäre die Einigung lediglich ein Teil des dinglichen Vertrages, derselbe also bis zur Uebergabe unvollendet. Das B.G.B. hat indes diese Auffassung verworfen, vielmehr die beiden Erfordernisse selbständig, gleichwertig und rechtlich von einander unabhängig gemacht.[6] Jener Widerruf ist also beim dinglichen Vertrage des B.G.B. darum ausgeschlossen, weil bereits ein rechtliches Geschehnis, der vollendete dingliche Vertrag vorliegt. Dass dieser allein die Rechtsänderung nicht herbeizuführen vermag, darf nicht zu der Annahme verleiten, dass wir es nicht mit einem selbständigen Rechtsgebilde zu thun haben. Giebt es doch auch sonst in der Rechtsordnung Verträge, die selbständige Erscheinung sind und Gültigkeit haben, wenn sie

5. E. I § 874.

6. Motive Bd. III S. 185. Protokolle Bd. III S. 136. Planck Buch III S. 15. Fuchs S. 41.

auch ohne Hinzutreten eines zweiten Faktors Wirksamkeit nicht zeigen, z. B. der Adoptionsvertrag vor der erforderlichen gerichtlichen Bestätigung, der vom Vormund abgeschlossene, vormundschaftsgerichtlich zu genehmigende Vertrag vor der Genehmigung.[7] — Ebenso unzutreffend wäre die Auffassung, dass, da eine Bindung an den Vertrag nicht vorhanden sei, der Widerruf nur auf die einseitige Erklärung, nicht auf den Vertrag bezogen werden könne. Mit der Abgabe der beiden auf die Rechtsänderung gerichteten Willenserklärungen ist der dingliche Vertrag vollzogen; damit sind die einzelnen Vertragserklärungen integrierende Bestandteile des einheitlichen Vertrages geworden und ihrer bisherigen Selbständigkeit entkleidet. Dass in der That der dingliche Vertrag mit dem Zusammentreffen der beiden Willenserklärungen abgeschlossen ist und dass demnach nur noch von diesem abgegangen werden kann, ergiebt zweifellos auch der Wortlaut des Gesetzes: „Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn . . . .“; das Gesetz setzt also die Vollendung der Einigung bereits voraus. Ebenso spricht dafür die Entstehungsgeschichte des § 873.[8]

Wenn die Litteratur es ängstlich vermeidet, für das Abgehen von dem nicht bindenden dinglichen Vertrage die Bezeichnung „Rücktritt“ zu wählen, so mag dafür bestimmend sein erstens die Thatsache, dass der Gesetzgeber den Ausdruck „Rücktritt“ nicht gewählt hat, dann wohl der Umstand, dass die Willenserklärungen den alleinigen Inhalt des Vertrages bilden[9] und dass darum der Ausdruck „Widerruf“ als

7. §§ 1753, 1751 Abs. 1, 1822 B.G.B. Protokolle Bd. III S. 58.

8. Motive Bd. III S. 175 f. Protokolle Bd. III S. 60 ff.

9. Vgl. auch § 878 B.G.B.

die regelmässige Bezeichnung des Aufhebungsaktes bei Willenserklärungen näher zu liegen schien, und endlich die Erwägung, dass unter Rücktritt doch in der Regel eine den obligatorischen Verträgen eigentümliche Rechtserscheinung zu verstehen sei, deren Benennung analog beim dinglichen Vertrag zu gebrauchen unthunlich wäre. Diese Bedenken können jedoch als massgebend nicht erachtet werden. Das Gesetz hat nur mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch und die Anschauungen des Volkes davon abgesehen, den dinglichen Vertrag, den es in der auf die Rechtsänderung gerichteten Willenseinigung sieht, als solchen zu bezeichnen.[10] Es spricht darum von der „Einigung“ und stellt aus dem gleichen Grunde und in Konsequenz hiervon die Willenserklärungen z. B. in § 878 in den Vordergrund; dadurch will es die Rechtslage dem Verständnis des Laien nahe bringen. Für den Juristen bleibt jedoch das Rechtsverhältnis ein Vertrag. Es soll nicht die Willenserklärung aufgehoben, sondern der dingliche Vertrag beseitigt werden. Diese Beseitigung eines bestehenden Vertrages kann man unbedenklich als Rücktritt bezeichnen, zumal, entsprechend dem Rücktritt beim Schuldvertrage, keinerlei Folgen des Vertrages bestehen bleiben. Da das Gesetz ausser bei den Schuldverträgen auch noch beim Verlöbnis und Erbvertrag einen gesetzlichen Rücktritt kennt, so ist nicht einzusehen, warum die sachlich zulässige Bezeichnung hier beim dinglichen Vertrage aus Rücksicht auf das Rücktrittsrecht κατ' ἐξοχήν vermieden werden soll. Auch der Einwand dürfte nicht durchgreifen, dass der Rücktritt eine Bindung der Parteien voraussetzt. Das Gesetz hat, wie noch dargelegt werden wird, einen Rücktritt beim

10. Protokolle Bd. III S. 59.

Verlöbnis zugelassen und doch andererseits den Grundsatz ausgesprochen, dass eine rechtliche Bindung zwischen den Parteien nicht vorhanden sei. In der Sache selbst dürfte es allerdings gleich sein, ob beim dinglichen Vertrage von Rücktritt, Widerruf des Vertrages oder Aufhebung der Bindung gesprochen wird. Besonders bezüglich der beiden ersten Bezeichnungen, für die wir im ersten Abschnitt unterscheidende Merkmale aufgezeigt haben, wird ein sachlicher Unterschied hier nicht konstruiert werden können, weil in der Aufhebung der Willensübereinstimmung der einzige und zugleich gesamte Inhalt des Aufhebungsaktes liegt. Die Frage nach der Bezeichnung des Abgehens vom dinglichen Vertrage ist daher im letzten Grunde wesentlich nur eine redaktionelle.[11]

Der Rücktritt vom dinglichen Vertrage berührt sich nur darin mit dem Rücktritt vom obligatorischen Vertrage, dass er die gänzliche Aufhebung des dinglichen Rechtsverhältnisses herbeiführt. Die Vorschriften der §§ 346 ff können hier naturgemäss nicht Anwendung finden, weil ihre Voraussetzung eine gegenseitige Abhängigkeit geldwerter Leistungen und die obligatorische Bindung der Parteien an den Vertrag ist. Dort hat der Rücktritt den bedeutsamen Zweck, gewissermassen als Entgelt für das vertragswidrige Verhalten des anderen Teils die Lösung der vertraglichen Gebundenheit zu bewirken. Dieser Zweck entfällt hier, wo eine Gebundenheit nicht besteht und es sich lediglich um ein abstraktes Leistungsgeschäft handelt. Praktisch wird darum der Rücktritt vom dinglichen Vertrage kaum besondere Bedeutung haben. Ferner wird für den

11. Protokolle Bd. III S. 64.

Bereich des Immobiliarsachenrechts — und nur hier spielt der dingliche Vertrag für sich allein praktisch oft eine wichtige Rolle — in dieser Beziehung auch folgendes zu erwägen sein.

Selbst die vollendete Einigung kann, wenn sie formlos ist, dem Erwerber zur Eintragung und damit zur Rechtsänderung nicht verhelfen, wenn etwa der Berechtigte die nach § 19 der Grundbuchordnung notwendige Bewilligung bezw. den diese ersetzenden Eintragungsantrag nicht stellt. Denn der Grundbuchrichter darf dem Antrage des Erwerbers auf Eintragung, den dieser auf Grund der formlosen Einigung stellt, nicht stattgeben. Der Erwerber wird also dann auf das der Einigung zu Grunde liegende obligatorische Geschäft zurückgehen müssen, um den anderen Teil zu zwingen, die Verpflichtung der Rechtsübertragung zu erfüllen. Tritt der Berechtigte von der formlosen Einigung zurück — und nur bei dieser ist ja der Rücktritt möglich —, so wird der Erwerber dieser Thatsache wohl keine Bedeutung beimessen in der Erwägung, dass doch selbst das Festhalten an der Einigung seitens des Berechtigten diesen nicht zur Herbeiführung der Rechtsänderung zwingt. Er wird dann ebenfalls aus dem kausalen Geschäfte auf Rechtsübertragung klagen müssen; auf Grund des die Bewilligung des Berechtigten ersetzenden Urteils[12] kann er dann gemäss § 13 G.B.O. den Antrag auf Eintragung stellen, der hinwiederum die Annahmeerklärung zur Bewilligung enthält und damit den dinglichen Vertrag von neuem zum Entstehen bringt. Die praktische Wichtigkeit des Rücktritts wird ausserdem auch darum gering sein, weil der Berechtigte, da er die zu Gunsten des anderen Teils

12. § 894 C.P.O.

bestehende Möglichkeit des Zurückgreifens auf das obligatorische Geschäft voraussehen muss, zum Rücktritt selten schreiten wird.

Beim dinglichen Vertrage über bewegliche Sachen wird der Rücktritt aus den schon oben genannten Gründen, besonders aber darum ziemlich bedeutungslos sein, weil hier obligatorischer und dinglicher Vertrag zumeist zusammenfallen und dem letzteren darum die praktische Selbständigkeit fehlt. Wenn aber obligatorischer und dinglicher Vertrag einmal auseinanderliegen, dann wird es sich regelmässig um den Fall handeln, dass die Uebergabe der Einigung vorangegangen ist und hier ist dann der Rücktritt wegen der bereits vollzogenen Rechtsänderung unzulässig.

2. Beim familienrechtlichen Vertrage.

§ 16.

Das B.G.B. hat beim Verlöbnis ausdrücklich ein Rücktrittsrecht statuiert. Es erhebt sich hier die Frage, ob wir darin ein gesetzliches Rücktrittsrecht „vom Vertrage“ zu erblicken haben, m. a. W. ob das Verlöbnis ein Vertrag ist. Das Gesetz hat seine Auffassung über die Rechtsnatur des Verlöbnisses nicht ausgesprochen; es hat vielmehr, wie es dies so oft, z. B. auch beim Rücktritt der §§ 346 ff., gethan hat, der Wissenschaft die Konstruktion überlassen.

Das Verlöbnis ist im Einklang mit der überwiegenden Anzahl der Bearbeiter des B.G.B. als ein Vertrag anzusehen, durch den sich ein Mann und ein Weib gegenseitig die Ehe versprechen, allerdings nicht, wie nach Gemeinem und kanonischem Recht, als ein obligatorischer Vertrag, durch den die Verpflichtung der Parteien zur Eheschliessung entsteht, sondern als ein familienrechtlicher, den Ehevertrag lediglich vor-

bereitender Vertrag.[1] Man wollte nicht nur nicht die Erzwingbarkeit durch Vollstreckung, wie es schon die C.P.O. a. F. § 774 vorsah, sondern auch die Klagbarkeit des Verlöbnisses ausgeschlossen wissen. Es liegen beim Verlöbnis zwei auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärungen vor, die, wie die §§ 1298 ff. ergeben, gewisse privatrechtliche Folgen haben; die Erfordernisse des Vertrages sind demnach erfüllt. Eine Rechtsverbindlichkeit zur Eingehung der Ehe besteht allerdings heute nicht mehr. Dies glaubte man aus Gründen sittlicher Natur ablehnen zu müssen. Der erste Entwurf sprach dies in § 1227 ausdrücklich aus; später hat man von dieser Fassung abgesehen, um nicht den Anschein zu erwecken, als ob mit der rechtlichen auch die sittliche Verpflichtung zur Eingehung der Ehe geleugnet würde.[2] In der Rechtsauffassung steht jedoch das Gesetz noch auf dem gleichen Standpunkte wie der erste Entwurf. So erklärt sich die gegenüber der Fassung des Entwurfs mildere Ausdrucksweise des Gesetzes, wonach auf Grund des Verlöbnisses nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann. Dieser Ausschluss des Erfüllungszwanges spricht nur gegen die Unterstellung eines obligatorischen Vertrages. Daraus darf jedoch keineswegs gefolgert werden,

1. Motive Bd. IV S. 1. Protokolle Bd. IV S. 2 f., 9. Cosack Bd. II S. 404. Endemann Bd. II S. 600. Planck, Vorbem. zu § 1297, § 1298 Anm. 1, 2. S. auch Entsch. d. R.G. in Civ. Bd. 20 S. 333 f., zur Auffassung des obligatorischen Vertrages neigend, ebenso Cramer S. 3 ff. und die dort S. 11 Anm. 22 Genannten. A. M. Matthiass 1899 Bd. II S. 194 ff. Hellmann, Das Verlöbnis nach dem B.G.B. S. 216 ff. Nathan S. 74 ff. Gegen Hellmann s. Goldmann in der Dsch. Juristenztg, 1901 S. 432 f. S. auch R. d. O.L.G. Bd. IV S. 352.

2. Protokolle Bd. IV S. 2.

dass das Gesetz die rechtsgeschäftliche Natur des Verlöbnisses überhaupt ablehnt, giebt es doch auch sonst im Rechtssystem Geschäfte, die, zum grossen Teil auch aus sittlichen Gründen, nicht klagbar sind, wie die Naturalobligationen, ohne dass darum in ihre rechtsgeschäftliche Natur ein Zweifel gesetzt werden dürfte. Dass das B.G.B. die Vertragstheorie nicht verwirft, sondern sich offenbar sogar ihr angeschlossen hat, darauf weist auch schon ein äusseres, sprachliches Moment hin; das Gesetz hat jedenfalls nicht ohne Absicht die gleiche Bezeichnung für das Abgehen vom Verlöbnis und vom obligatorischen Vertrage gewählt.

Demgegenüber werden, nicht so sehr, um theoretisch die Rechtsnatur des Verlöbnisses aufzudecken, als vielmehr um den Rechtsgrund der §§ 1298 ff., der nach unserer Ansicht in der Verletzung einer Rechtspflicht liegt, festzustellen, andere Auffassungen vertreten, so vor allem die, dass in dem Verlöbnis ein rein faktischer Vorgang zu sehen sei, an den das Gesetz durch positive Vorschrift gewisse Folgen knüpft, ferner die Konstruktion einer culpa in contrahendo, und endlich die Deliktstheorie.[3] Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten, wollten wir hier eine Widerlegung der genannten Theorieen versuchen. Nur gegen die Deliktstheorie als die wichtigste der gegnerischen Auffassungen mögen einige Worte verstattet sein.

Auf Grund der Vertragstheorie kommt man zu dem Schlusse, die allgemeinen Vorschriften über Verträge entsprechend auf den Verlöbnisvertrag anzuwenden, so vor allem die Bestimmungen über Nichtigkeit, Anfechtbarkeit der auf das Verlöbnis gerichteten Willens-

3. S. darüber Hellmann a. a. O. S. 216 ff. und die dort Genannten, Nathan S. 11 ff.

erklärungen, Unwirksamkeit der Erklärung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bis zur Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.[4] Hellmann will darin die Schwäche der Vertragskonstruktion finden, während m. E. gerade die Nichtanwendung der Vertragsgrundsätze grosse Rechtsunsicherheit schaffen würde; er will vielmehr den Rechtsgrund der §§ 1298 ff. aus folgender Erwägung herleiten: Durch § 1298 werde indirekt ausgesprochen, dass der Rücktritt nicht unbegründet erfolgen solle; werde er ohne wichtigen Grund erklärt, so rufe er eine Schadensersatzpflicht hervor. Vertraglicher Art sei dieser jedoch nicht, denn ein Vertrag liege überhaupt nicht vor; es sei vielmehr in § 1298 ein Schutzgesetz verborgen: die Schadensersatzpflicht sei aus § 823 Abs. 2 begründet und nur deswegen noch besonders in §§ 1298 ff. statuiert, weil diese Vorschriften gegenüber dem § 823 Abs. 2 bezüglich der ersatzberechtigten Personen eine Erweiterung enthalten. Diese Auffassung scheitert m. E. daran, dass aus § 1298 ein Schutzgesetz nicht entnommen werden kann. Wohl besteht zweifellos die sittliche Verpflichtung, das Verlöbnis nicht ohne wichtigen Grund zu brechen, und wohl ist dieses sittliche Gebot für die Statuierung des Schadensersatzanspruchs massgebend gewesen, aber eine Vorschrift „du sollst vom Verlöbnis nicht zurücktreten, sonst bist du schadensersatzpflichtig" als Schutzgesetz im rechtlichen Sinne ist in § 1298 nicht zum Ausdruck gebracht. Vielmehr ist dem Verlobten, wie der Wortlaut des § 1298 unzweifelhaft ergiebt, der jederzeitige Rücktritt freigestellt.[5] Dies muss man auch aus der Stellungnahme des Gesetzes für die

4. So auch R. d. O.L.G. Bd. IV S. 354.

5. So auch Cosack Bd. II S. 404. Aehnlich Cramer S. 15 und die dort in Anm. 29 Aufgeführten.

Klaglosigkeit des Verlöbnisses herleiten. Da die Klagbarkeit ausgeschlossen ist, so kann auch der Rücktritt nicht mit Zwangsmitteln verhindert werden, er musste vielmehr in notwendiger Konsequenz unbedingt in das Belieben des Verlobten gestellt werden. Es braucht kaum gesagt zu werden, dass die Forderungen der Sitte durch diese Rechtsfolge nicht beeinträchtigt oder gar negiert werden sollen. Stünde das Gesetz auf dem von Hellmann angenommenen Standpunkte, so hätte es den ihm untergelegten Rechtssatz auch ausgesprochen, wie es dies etwa in § 627 Abs. 2 gethan hat.

Der Rücktritt ist also unbedingt jederzeit — natürlich nicht über den Eheschluss hinaus — zulässig, billiger Weise erzeugt er jedoch, wird er unbegründet ausgeübt oder durch Verschulden herbeigeführt, gewisse vermögensrechtliche Wirkungen zu Ungunsten des Zurücktretenden bezw. des schuldhaften Teils. Dieser hat nämlich dann dem anderen Verlobten, dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, das negative Interesse zu ersetzen, das durch angemessene Aufwendungen oder durch Eingehung von Verpflichtungen entstanden ist. Insofern hat das Gesetz gegen den unbegründeten bezw. schuldhaft veranlassten Rücktritt ein Gegengewicht geschaffen. Einen Ersatz für das positive Vertragsinteresse oder eine Abfindung konnte es dem anderen Teile nicht bewilligen; da es den rechtlichen Zwang zur Erfüllung der Verlöbnispflichten ausschliesst, so darf es dem anderen Teile nicht ein Mittel in die Hand geben, das schliesslich doch als mittelbares Zwangsmittel wirken, die Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschliessung beeinträchtigen und damit den für den Ausschluss der Klage massgebenden Grundsätzen über das sittliche

Wesen der Ehe widersprechen würde.[6] Weitere Ansprüche aus einem anderen Rechtsgrunde, etwa aus unerlaubter Handlung, sind neben dem negativen Ersatzanspruch selbstverständlich zulässig. Eine unbescholtene Verlobte hat ausserdem in den Fällen der §§ 1298, 1299 noch Anspruch auf Ersatz des Schadens, der nicht Vermögenschaden ist, des sog. ideellen Schadens, wenn sie vor dem Rücktritt dem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat.[7] Dieser Anspruch steht jedoch, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, nur der Verlobten, nicht ihren Rechtsnachfolgern zu.

Insoweit eine oder beide auf das Verlöbnis gerichteten Willenserklärungen nichtig oder angefochten sind, kann von einem Rücktritt keine Rede sein: denn der Rücktritt setzt einen gültigen Vertrag voraus, wärend hier das Verlöbnis ex tunc nicht besteht.[8] Ist die Willenserklärung anfechtbar, aber nicht angefochten, so wird man sowohl die Anfechtung als auch den Rücktritt für zulässig erachten müssen; dies darum, weil bis zur Anfechtung der Vertrag trotz der Mängel gültig ist. Anders, wenn eine der Parteien in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Hier hängt die Wirksamkeit des Verlöbnisvertrages von der Genehmigung des Vormundes ab: ein Rücktritt ist, weil hier noch ein unfertiger Vertrag vorliegt, ausgeschlossen. Es bleibt dem anderen Teile nur das Recht des Widerrufs der auf das Verlöbnis gerichteten Willenserklärung. Ein Rücktritt ist endlich undenkbar, wenn zur Zeit des abzuschliessenden Verlöbnisses ein

6. Denkschrift S. 245.

7. § 1300 B.G.B.

8. Planck Bd. IV § 1298 Anm. 2a, Cramer S. 16. Gegen die Zulässigkeit der Anfechtung wenden sich Hellmann a. a. O. und Goldmann a. a. O.

Ehehindernis gemäss §§ 1309—1312 entgegensteht, weil dann ein wirksames Verlöbnis überhaupt nicht zustande kommen kann.

Durch die einseitige Rücktrittserklärung wird das Verlöbnis aufgehoben, im übrigen finden jedoch die Vorschriften des allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts naturgemäss keine Anwendung; weder die Rückgewährpflicht nach §§ 346 ff. noch die Schadensersatzpflicht wegen einer verschuldeten Einwirkung auf die Sache können in Frage kommen, weil das sachliche Substrat, die vermögenswerte Leistung, hier nicht vorhanden ist.

3) beim Erbvertrage.

§ 17.

Das B.G.B. kennt beim Erbvertrage wie bei jedem anderen Vertrage die vertragsmässige Aufhebung.[1] Ausserdem aber normiert es für Ausnahmefälle ein einseitiges Rücktrittsrecht. Dass wir es hier mit einem Rücktritt vom Vertrage zu thun haben, d. h. dass der Erbvertrag ein wirklicher Vertrag ist, ist heute fast einmütig anerkannt. Die früher von einigen Schriftstellern vertretene Meinung, dass es sich beim „Erbvertrage" eigentlich nur um eine einseitige Verfügung von Todeswegen, verbunden mit einem vertragsmässigen Widerrufsverzicht handele, ist von den Materialien des B.G.B. ausdrücklich abgelehnt und auch in der Litteratur grösstenteils verworfen.[2] Der Erbvertrag ist eine vertragsmässige Verfügung von Todeswegen, die, ohne in ihrer Anwendbarkeit

1. 2290 B.G.B.

2. Motive Bd. V S. 311 f. Engelmann S. 762. Planck § 1941 Anm. 3. Bem. zum vierten Abschn. S. 513 Anm. 2 und die dort Genannten. S. auch Entsch. d. R.G. i. Civ. Bd. 4, S. 172. Bd. 28 S. 218.

auf bestimmte Personen beschränkt zu sein, Zuwendungen an den anderen Vertragschliessenden oder an einen Dritten enthält.[3] Verfügen beide Vertragsteile von Todeswegen, so liegt ein zweiseitiger Erbvertrag vor, tritt dagegen nur ein Teil als Erblasser, der andere nur als Vertragschliessender, die Erklärung des Erblassers annehmender Teil auf, so handelt es sich um einen einseitigen Erbvertrag. Der Erbvertrag unterscheidet sich vom obligatorischen Vertrage dadurch, dass er nicht zu einer Leistung verpflichtet; es entsteht bei ihm nicht unmittelbar aus der Willenseinigung etwa ein Recht auf die Sache, sondern erst mit dem Erbfall ein Recht an der Sache. Er ist auch kein dinglicher Vertrag, da er nicht ein gegenwärtiges Recht an einer Sache begründet, ebenso wenig ein familienrechtlicher Vertrag, indem er nicht ein familienrechtliches Verhältnis schafft. Er ruft vielmehr, ebenso wie eine einseitige Verfügung von Todeswegen, ein Erbrecht an einer Sache hervor,[4] ohne, abgesehen von den Beschränkungen der §§ 2287—89, die Befugnis zur Verfügung unter Lebenden zu berühren.[5]

Der Erbvertrag entspricht insofern dem Schuldvertrage, als mit dem Abschluss die Bindung eintritt; dies bezieht sich allerdings nur auf die Verfügungen, die Gegenstand einer vertragsmässigen Uebereinkunft sein können.[6] Mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist der Erblasser seiner Befugnis, über den Vertragsgegenstand wirksam eine andere Verfügung von Todeswegen zu treffen, bezw. die durch den Vertrag geschaffene Gebundenheit zu lösen, beraubt. Das Ge-

3. Motive Bd. V S. 310 ff.

4. Planck § 1941 Anm. 3. Strohal, Das deutsche Erbrecht, S. 63.

5. § 2286 B.G.B.

6. §§ 2278, 2299 B.G.B.

setz giebt ihm nun, entsprechend dem allgemeinen Grundsatze der Vertragsfreiheit, ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass er sich ein solches im Vertrage vorbehalten hat. Mit Recht hat der erste Entwurf die frühere, mit der oben gekennzeichneten irrtümlichen Auffassung des Erbvertrages im Zusammenhang stehende Bezeichnung „Widerruf" mit Rücksicht auf den Vertragscharakter des Erbvertrages durch den Ausdruck „Rücktritt" ersetzt.[7] Denn der Erbvertrag wird auch durch den Vorbehalt des Rücktritts nicht auf eine Stufe mit dem Testament gestellt, vielmehr zeigt sich im Gegensatz zu diesem die Vertragsnatur darin, dass bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts die Bindung aus dem Vertrage besteht.[8] Der erste Entwurf glaubte mit der Statuierung des vertragsmässigen Rücktrittsrechts dem Bedürfnisse nach einem einseitigen Aufhebungsrechte genügt zu haben.[9] Indes hat das Gesetz im Anschluss an die zweite Kommission ausserdem noch zwei Fälle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts geschaffen.

„Der Erblasser kann von einer vertragsmässigen Verfügung zurücktreten, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre."[10]

---

7. Motive Bd. V S. 342. S. auch Förster-Eccius Bd. IV § 247, V.

8. So auch Planck § 2293 Anm. 1. A. M. Engelmann S. 763.

9. E I § 1958 Abs. 1.

10. § 2294 B.G.B.

Die Verfehlung, die auf Seiten des Bedachten, nicht des Vertragschliessenden liegen muss, muss zeitlich dem Abschluss des Erbvertrages folgen, um das Rücktrittsrecht zu begründen.[11] Der nicht pflichtteilsberechtigte Bedachte wird den Vorschriften über die Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings unterworfen;[12] dass man das Rücktrittsrecht auch ihm gegenüber zulässt, ist dadurch gerechtfertigt, dass er durch den Erbvertrag in eine Art Familienverhältnis zum Erblasser tritt und darum wie ein pflichtteilsberechtigtes Familienglied zu behandeln ist.[13]

Der zweite Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts ist in § 2295 gegeben:

„Der Erblasser kann von einer vertragsmässigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird."

Es kommen hier vor allem die Fälle des Leibrenten- und des Erbverpfründungsvertrages in Betracht. Eine Anstalt übernimmt die Versorgung einer alten Person und diese setzt mit Rücksicht darauf die Anstalt durch Erbvertrag mit dieser oder einem Dritten zur Erbin seines Vermögens ein. Hier entspricht es der Billigkeit, dass, wenn diese Versorgungsverpflichtung vor dem Tode des Erblassers vertragsmässig oder einseitig aufgehoben wird, der Rücktritt des Erblassers vom Vertrage zulässig ist. Der Erb-

11. Planck § 2294 Anm. 1.
12. § 2333 B.G.B.
13. Protokolle Bd. V S. 396.

lasser wird allerdings, da mit dem Rücktritt der Zweck für die vor ihm liegenden Leistungen weggefallen ist, zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, also dessen, was er durch die Versorgung erspart hat, verpflichtet sein. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die beiden Verträge im Verhältnis des Rechtsgrundes zu einander stehen. Der Erbvertrag ist — und das gilt selbst für die in einem zweiseitigen Erbvertrage vereinigten beiden Erbverträge — ein abstrakter Vertrag, der eine rechtliche causa nicht kennt und bei dem die Entgeltlichkeit darum begrifflich ausgeschlossen ist, wenn ihm auch oft ein bestimmtes Motiv zu Grunde liegt. Das rechtliche Verhältnis der beiden Verträge ist nicht das der Leistung und Gegenleistung. Vielmehr stehen sie, obwohl zumeist einer den anderen veranlasst hat, rechtlich selbständig und von einander unabhängig da.[14] Die Auffassung, von welcher der in der Kommission gestellte Antrag (Protokolle Bd. V, S. 410, IX, 2) getragen war, wonach der Erbvertrag auf Grund eines gegenseitigen Schuldvertrages geschlossen werden könne, ist demnach abzulehnen. Dass das Gesetz auf demselben Standpunkte steht, ist aus der von ihm mit Wohlbedacht gewählten Fassung „mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten“ zu argumentieren, die deutlich auf einen Bestimmungsgrund des Erbvertrages, nicht aber auf ein für ihn rechtlich kausales Geschäft hinweist.

Andere Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts kennt das Gesetz nicht; es werden im Bedürfnisfalle

---

14. Planck, Vorbem. z. vierten Abschn. No. 2 S. 514, § 2295 Anm. 1, 4 und die dort Genannten. Hellwig S. 605 ff. Engelmann S. 765. Frommhold §§ 2278, 2295.

die Vorschriften über die vertragsmässige Aufhebung und besonders das Anfechtungsrecht Platz greifen müssen.[15] Nur dem Erblasser ist ein gesetzliches Rücktrittsrecht gewährt. Es besteht bei der abstrakten Natur des Erbvertrages kein Anlass, dem anderen Teil, der lediglich Annehmender der Vertragserklärung bezw. Bedachter ist und zum Erblasser in keinerlei Verpflichtungsverhältnis aus dem Erbvertrage steht, ein einseitiges Aufhebungsrecht zu geben.[16] Für ihn werden in der Regel das vertragsmässige Aufhebungsrecht oder eine etwa vorbehaltene Rücktrittsbefugnis ausreichen. Natürlich soll nicht sein Rücktrittsrecht von dem mit dem Erbvertrag etwa in Beziehung stehenden obligatorischen Geschäfte, soweit es gesetzlich zulässig ist, geleugnet werden.

Die Regeln des im Recht der Schuldverhältnisse geregelten Rücktrittsrechts finden hier keine Anwendung. Denn jenes hat seiner Struktur nach einen entgeltlichen Vertrag, eine gegenseitige Abhängigkeit der Vertragsleistungen zur Voraussetzung. Der Erbvertrag ist jedoch kein entgeltlicher, sondern ein rein abstrakter Vertrag. Ferner verbietet sich die Anwendung jener Vorschriften auch aus dem Grunde, weil diese ein sachliches Substrat bedingen, während Gegenstand des Erbvertrages keine körperliche Sache, etwa das Vermögen des Erblassers, sondern das Erbrecht ist. Aus diesen Gründen erscheint auch eine analoge Anwendung der §§ 346 ff, wie sie die Protokolle in der Annahme der Zulässigkeit eines gegenseitigen Vertrages vorschlagen,[17] unstatthaft.

15. §§ 2290, 2281 B.G.B.

16. Planck Vorbem. z. 2293—98, Anm. 3. Frommhold § 2293.

17. Protokolle Bd. V S. 411.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts geschieht hier ebenso wie beim Schuldvertrage durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung; allerdings ist im Hinblick auf die Notwendigkeit klarer erbrechtlicher Verhältnisse und zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten an die Stelle der formlosen Erklärung die gerichtliche oder notarielle Beurkundung getreten.[18] Der Rücktritt kann hier nicht wie beim Schuldvertrage durch einen Vertreter erfolgen, vielmehr muss er vom Erblasser persönlich vollzogen werden. Er ist, wenn der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zulässig. Die letztere Vorschrift steht im Einklang mit der des § 2290 Abs. 2 und im Gegensatz zu der des § 2275 Abs. 1. Man glaubte hier die Zustimmung missen zu können, weil durch den Rücktritt regelmässig der Erblasser von einer Gebundenheit, die ihm durch den Vertrag auferlegt ist, frei werde, ihm also ein Vorteil erwachse und darum die Vorschrift des § 107 Anwendung finden könne.[19] Die Rücktrittserklärung ist unwiderruflich. Der erste Entwurf[20] und ebenso der zweite sprechen dies, wie auch für den obligatorischen Rücktritt,[21] ausdrücklich aus. Die Bestimmung ist auch hier in der Erwägung, dass eine Willenserklärung mangels gegenteiliger gesetzlicher Vorschrift immer unwiderruflich ist, als selbstverständlich gestrichen worden. Die Befugnis des Erblassers, unter den genannten Voraussetzungen zurückzutreten, besteht nur solange, als der andere Vertragschliessende am Leben

18. § 2296 B.G.B.
19. Protokolle Bd. V S. 410. Planck § 2296 Anm. 2.
20. E I § 1958 Abs. 2.
21. E I § 426 Abs. 2. E II § 300.

ist; mit dessen Tode tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht, durch Testament die vertragsmässige Verfügung aufzuheben. Der erste Entwurf kannte diese Vorschrift nicht; vielmehr sollte nach ihm der Rücktritt auch nach dem Tode des anderen Teils und zwar dessen Erben gegenüber ausgeübt werden können.[22] Man hat die Aufhebung durch Testament vor allem mit Rücksicht auf die beim Testament zulässige Formerleichterung gewählt.[23] Ein Unterschied gegenüber dem Rücktritt liegt insbesondere darin, dass das Testament gemäss § 2253 jederzeit widerruflich ist. Im übrigen aber zeigen Aufhebung des Erbvertrags durch Testament und Rücktritt in der Sache selbst die gleiche Wirkung.[24] Ausser der durch den Tod des anderen Teils gesetzten zeitlichen Schranke ist die Ausübung des Rücktrittsrechts an eine gesetzliche Frist nicht gebunden; auch kann nicht von dem anderen Teil wie etwa beim obligatorischen Rücktritt eine präklusiv wirkende Frist zur Ausübung gesetzt werden. Da das Rücktrittsrecht nicht Anspruch, sondern nur Befugnis ist, verjährt es auch nicht. Nur im Falle des § 2294 erlischt es, wenn der Erblasser die Verfehlung verziehen hat, weil dann das Pflichtteilsentziehungsrecht dem Erblasser genommen ist;[25] dagegen ist andererseits der sonst zulässige Verzicht auf Ausübung des Rücktrittsrechts hier unstatthaft, weil er hier gegen die guten Sitten verstossen würde.[26]

22. E I § 1958. Motive Bd. V S. 344.

23. §§ 2231, 2296, 2297 B.G.B. Protokolle Bd. V S. 421. Cosack Bd. II S. 649. Planck § 2297. A. M. anscheinend Matthiass 1899 Bd. II S. 365. Engelmann S. 765.

24. S. auch Motive Bd. V S. 344. Planck, Vorbem. z. §§ 2293—98 Anm. 1.

25. §§ 2337, 2294 B.G.B.

26. § 138 Abs. 1. Planck § 2294 Anm. 1 und die dort Genannten.

Das Rücktrittsrecht entfällt in jedem Falle, wenn der bedachte andere Teil vor dem Erblasser verstirbt, denn damit ist die Verfügung in dieser Beziehung ipso iure unwirksam.[27] Es kommen demnach für die nach § 2297 erfolgende Aufhebung der vertragsmässigen Verfügung nur Zuwendungen an Dritte und Auflagen in Betracht.[28] Für den zweiseitigen Erbvertrag bestehen bezüglich des gesetzlichen Rücktrittsrechts keine besonderen Vorschriften. Es finden demnach in diesem Punkte lediglich die §§ 2294—97, nicht etwa § 2298 Anwendung. Insbesondere tritt — das ergiebt sich argumento e contrario aus § 2298 Abs. 2 — nicht das Prinzip der Korrespektivität in dem Sinne in Wirksamkeit, dass durch den Rücktritt des einen Erblassers auch die Verfügungen des anderen wegfielen. Diese bleiben vielmehr, wenn nicht das Gegenteil im Vertrage bestimmt ist, bestehen.

Die Wirkung des Rücktritts zeigt sich in der Aufhebung der vertragsmässigen Bindung. Es lebt also das durch den Erbvertrag beseitigte Recht, über den Vertragsgegenstand von Todeswegen zu verfügen, wieder auf und es fallen ferner die Beschränkungen der §§ 2287—89 fort. Die Wirkung des Rücktritts erstreckt sich lediglich auf diejenige vertragsmässige Verfügung, von der der Erblasser zurücktritt.[29] Die übrigen Verfügungen bleiben bestehen, ausser wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die aufgehobene Verfügung nicht getroffen haben würde.[30] Durch Ausübung des Rücktrittsrechts bezüglich des ganzen Erbvertrages treten im Zweifel zugleich auch

27. Motive Bd. V S. 344.
28. Planck § 2297 Anm. 1.
29. §§ 2294, 2295 B.G.B.
30. §§ 2279, 2085 B.G.B.

die einseitigen Verfügungen von Todeswegen ausser Kraft.[31]

Eine Uebereinstimmung der Wirkungen des Rücktritts vom Erbvertrage und desjenigen vom Schuldvertrage äussert sich lediglich darin, dass beide die Vertragsverbindlichkeit zum Erlöschen bringen. Weitere Folgen, wie etwa eine Rückgabepflicht, können beim Erbvertrag nicht in Frage kommen, da ein sachliches Substrat nicht vorhanden ist. — Der Rücktritt vom Erbvertrage ist ferner dem obligatorischen Rücktritt insofern analog, als er gleich diesem eine durch besondere Umstände gerechtfertigte Ausnahme von der Vertragsgebundenheit bildet. Beide stehen darin in einem gewissen Gegensatz zum dinglichen und familienrechtlichen Vertrage, die den Rücktritt, so lange er an sich gesetzlich statthaft ist, jederzeit zulassen.

31. § 2299 Abs. 1, 3 B.G.B.

Allgemeiner Rückblick.

§ 18.

Aus der Statuierung des gesetzlichen „Rücktrittsrechtes“ bei den nichtobligatorischen Verträgen und seiner Gestaltung kann man das vom B.G.B. durchgeführte Prinzip erkennen, jene Verträge, soweit es ihre Rechtsnatur erlaubt, der gleichen Behandlung wie die Schuldverträge zu unterwerfen und dadurch für die gesamte Rechtsordnung einen einheitlichen Rechtstypus „Rücktritt“ zu schaffen.

Das hauptsächliche und wichtigste Anwendungsgebiet für das gesetzliche Rücktrittsrecht bildet aber nach den vorangegangenen Ausführungen der gegenseitige Schuldvertrag. Da, wo eine Abhängigkeit von vermögenswerter Leistung und Gegenleistung vorhanden ist, wo also die beiden Kontrahenten durch die gegenseitige Bedingtheit der Leistungen auf einander angewiesen sind, um ihre Vertragszwecke zu erreichen, da ist bei vertragswidrigem Verhalten des einen der andere zum Rücktritt berechtigt. Dieses allgemeine Rechtsprinzip hatte weder das Gemeine noch das preussische Recht aufzustellen vermocht; nur bei einzelnen Instituten hatten sie ein gesetzliches Rücktrittsrecht anerkannt, das oft noch durch die unbestimmte Umgrenzung seines Inhalts und durch die Dehnbarkeit seiner begrifflichen Bedeutung nur als Rücktrittsrecht im weitesten Sinne bezeichnet zu werden verdiente. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat

dagegen allgemeine Voraussetzungen für das gesetzliche Rücktrittsrecht geschaffen und zugleich den Begriff des Rücktritts scharf gegen Rechte ähnlicher Art abgegrenzt; damit hat es im Gegensatz zu der Unklarheit des bisherigen Rücktrittsbegriffs eine feste Theorie herausgebildet, auf deren Grundlage sowohl vertragsmässiges wie gesetzliches Rücktrittsrecht für Wissenschaft und Praxis sicher aufgebaut sind. Indem das Gesetzbuch zugleich als Fundament des ganzen Gebäudes das vertragsmässige Rücktrittsrecht im einzelnen normiert und dessen Vorschriften zur allgemeinen Basis des gesetzlichen Rücktrittsrechtes gemacht hat, hat es zur Klarheit des theoretischen Begriffs noch den Vorzug der Uebersichtlichkeit und einheitlichen Regelung hinzugefügt. Dass sich dabei oft die Notwendigkeit einer Rückverweisung einstellt, ist bei einem modernen, auf möglichste Kürze und Präzision gerichteten Gesetzbuche unvermeidlich. Jedenfalls bedeutet die abstrakte, allgemeine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleich zu der kasuistischen der früheren Rechtsepochen einen grossen Fortschritt; sie ist zugleich ein bedeutender Erfolg der wissenschaftlichen Methode, die immer aus der Fülle der einzelnen Rechtserscheinungen das allgemeine Prinzip herzuleiten sucht, und ist darum trotz der durch die „entsprechende Anwendung“ zuweilen erschwerten Rechtsausübung als eine Vereinfachung des Systems zu begrüssen.

Lebenslauf.

Ich, Ismar Littmann, Jude, Sohn des Kaufmanns Adolf Littmann und seiner Ehefrau Charlotte geb. Eisner, bin am 2. Juli 1878 in Gross-Strehlitz, Oberschlesien, geboren. Ich besuchte die Volksschule und später das kgl. Gymnasium meiner Vaterstadt und verliess dieses Ostern 1898 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf wandte ich mich an der Universität Breslau dem Studium der Rechte zu. Im vierten Semester bezog ich die Universität Berlin, die ich Ende des Winters 1899-1900 verliess, um in Breslau meine Studien zu beenden. Am 10. Juli 1901 bestand ich vor der Prüfungskommission des Kgl. Oberlandesgerichts zu Breslau die erste juristische Prüfung und wurde alsdann dem Kgl. Amtsgericht zu Lähn bei Hirschberg als Referendar überwiesen.

Am 5. August 1901 unterzog ich mich an der Universität zu Rostock dem Rigorosum.

Ich hörte während meiner Studienzeit in Breslau und Berlin die Vorlesungen folgender Professoren:

1. in Breslau: Brie, Dahn, Fischer, Freudenthal, Gretener, Heymann, Jakobi, Jörs, Leonhard, Schott, Schücking, Sombart.

2. in Berlin: Brunner, Burchard, Eck, Dernburg, Heymann, Kohler, v. Liszt, Oertmann, Wagner.

Allen diesen meinen verehrten Lehrern spreche ich hiermit meinen tiefgefühlten Dank aus.

Im besonderen sage ich Herrn Professor Matthiass in Rostock für die bei Anfertigung dieser Arbeit mir freundlichst gegebenen Anregungen meinen aufrichtigen Dank.

Lähn, im Mai 1902.